THÈSE DE
NANCY.
1888
N°. 2.

ERSITÉ DE FRANCE — ACADEMIE DE NANCY

DROIT ROMAIN

DE LA NEGOTIORUM GESTIO
DU TUTEUR DE L'IMPUBÈRE

DROIT FRANÇAIS

CONFLITS DES LOIS
RELATIVES AUX
EFFETS DU MARIAGE
QUANT A LA PERSONNE DES ÉPOUX

THÈSE POUR LE DOCTORAT
PRÉSENTÉE A LA FACULTÉ DE DROIT DE NANCY
PAR

PHILIPPE HOUOT
AVOCAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS
Sera soutenu le Mardi 15 Mai 1888, à 4 heures du soir

Président : M. P. LOMBARD, professeur.

Suffragants { MM. BINET, professeur, BOURCART, CHRÉTIEN, } agrégés.

Le candidat répondra en outre aux questions qui lui seront faites sur les autres matières de l'enseignement.

NANCY
IMPRIMERIE V. MANGEOT-COLLIN ET NICOLLE
36, Rue Gambetta, 36

1888

DROIT ROMAIN

DE LA NEGOTIORUM GESTIO

DU TUTEUR DE L'IMPUBÈRE

DROIT FRANÇAIS

CONFLITS DES LOIS

RELATIVES AUX

EFFETS DU MARIAGE

QUANT A LA PERSONNE DES ÉPOUX

UNIVERSITÉ DE FRANCE — ACADEMIE DE NANCY

DROIT ROMAIN

DE LA NEGOTIORUM GESTIO

DU TUTEUR DE L'IMPUBÈRE

DROIT FRANÇAIS

CONFLITS DES LOIS

RELATIVES AUX

EFFETS DU MARIAGE

QUANT A LA PERSONNE DES ÉPOUX

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE A LA FACULTÉ DE DROIT DE NANCY

PAR

PHILIPPE HOUOT

AVOCAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le Mardi 15 Mai 1888, à 4 heures du soir

—

Président : M. P. LOMBARD, professeur,

Suffragants : MM. BINET, professeur, BOURCART, CHRÉTIEN, agrégés.

Le candidat répondra en outre aux questions qui lui seront faites sur les autres matières de l'enseignement.

NANCY

IMPRIMERIE V. MANGEOT-COLLIN ET NICOLLE

36, Rue Gambetta, 36

—

1888

FACULTÉ DE DROIT DE NANCY

MM.

LEDERLIN ✻, I ✪, Doyen, Professeur de Droit romain, autorisé à faire le cours de Pandectes, et Chargé du cours de Droit français étudié dans ses origines féodales et coutumières.

JALABERT ✻, I ✪, Doyen honoraire.

LOMBARD (Ad.), ✻, I ✪, Professeur de Droit commercial, et Chargé du cours du Droit des gens.

LIÉGEOIS, I ✪, Professeur de Droit administratif, et Chargé du cours d'Histoire du Droit.

BLONDEL, I ✪, Professeur de Code civil, et Chargé du cours de Droit constitutionnel.

BINET, I ✪, Professeur de Code civil, et Chargé du cours d'Enregistrement.

LOMBARD (P.), I ✪, Professeur de Code civil.

GARNIER, I ✪, Professeur d'Economie politique.

MAY, A ✪, Professeur de Droit romain.

GARDEIL, A ✪, Professeur de Droit criminel.

BEAUCHET, A ✪, Professeur de Procédure civile.

BOURCART, A ✪, Agrégé, Chargé du cours de Pandectes, autorisé à faire le cours de Droit romain.

GAVET, Agrégé, Chargé du cours d'Histoire générale du Droit français public et privé.

CHRÉTIEN, Agrégé, Chargé du cours de Droit international privé.

LACHASSE, I ✪, Docteur en droit, Secrétaire.

La Faculté n'entend ni approuver ni désapprouver les opinions particulières du Candidat.

A MON PÈRE

A MA MÈRE

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547206_0060

BIBLIOGRAPHIE

Accarias. — Précis de droit romain, 1er vol. 4e édit. — 2e vol. 3e édit. Paris. Cotillon. 1879-1886.

L.-B. Bonjean. — Traité des actions ou exposition historique de l'organisation judiciaire et de la procédure civile chez les Romains. Paris. Videcoq. 1841.

A. Chesneau. — Du principe de la non-représentation en droit romain quant à la formation des contrats. Thèse. Bordeaux. 1879.

P. Clavey. — Des fonctions du tuteur et de sa responsabilité. Thèse. Nancy. 1877.

L.-V. Desnos. — De la représentation à Rome quant à la formation des contrats et de son développement historique. Thèse. Nancy. 1873.

E. Dubois, professeur à la Faculté de droit de Nancy. — Institutes de Gaius, d'après l'*Apographum* de Studemund. Paris. A. Marescq aîné. 1881.

H. Dumoulin. — Des fonctions du tuteur. Thèse. Paris. 1885.

Manuel Fourcade. — De l'acquisition de la possession *per extraneam personam*. Thèse. Nancy. Paris. Thorin. 1887.

A. Gerbaut. — De la novation. Thèse. Nancy. 1882.

P. Gide. — Études sur la novation et le transport des créances en droit romain. Paris. Larose. 1879.

E. Hulleu. — Des pouvoirs du tuteur en droit romain. Thèse. Douai. 1884.

R. von Ihering. — L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement. Trad. de Meulenaere. Paris. Marescq aîné. 1877.

De Keller. — De la procédure civile et des actions chez les Romains. Trad. Ch. Capmas. Paris. E. Thorin. 1870.

Labbé. — De la ratification des actes d'un gérant d'affaires et de ses effets. Paris. Durand. 1856.

Ch. Maynz. — Cours de droit romain. 3e édit. Paris-Bruxelles. 1870-1874.

C.-E. Missol. — De la représentation en justice par cognitor et par procurator. Thèse. Lyon. 1887.

Ortolan. — Explication historique des Instituts de Justinien, 11e édit. revue par M. J.-E. Labbé. Paris. Plon. 1880.

De Savigny. — Le droit des obligations. Trad. Gérardin et Jozon. Paris. A. Durand. 1863.

De Savigny. — Traité de droit romain. Trad. Guénoux. Paris. Firmin Didot. 1855-1860.

P. Trouard Riolle. — De l'administration du tuteur de l'impubère. Thèse. Caen. 1882.

Van Wetter. — Cours élémentaire de droit romain. Gand et Paris. Durand et Pedone Lauriel. 1871.

Zimmern. — Traité des actions ou théorie de la procédure privée chez les Romains. Trad. Etienne. Poitiers. Bources et Fradet. 1843.

INTRODUCTION

1. — Jusqu'au moment où il aura conquis la plénitude de ses facultés, l'enfant est incapable de faire les actes indispensables à la bonne administration du patrimoine à la tête duquel les circonstances l'ont placé. De là un danger pour lui, un péril éventuel pour ses héritiers futurs. Les législateurs ont été amenés à remédier à cette situation ; ils ont dû suppléer à l'inexpérience du mineur en lui adjoignant un guide sûr, un protecteur éclairé : le tuteur.

2. — Suivant les préoccupations particulières à chaque peuple, ses mœurs, l'organisation de la famille et de la propriété, la tutelle prend un caractère différent.

« Les lois qui donnent la tutelle à la mère ont plus d'attention à la conservation de la personne du pupille ; celles qui la donnent au plus proche héritier ont plus d'attention à la conservation des biens » (1).

Il semble bien qu'à Rome, ces mesures de conservation furent inspirées par un sentiment de prévoyance pour la famille, plus que par l'inté-

(1) Montesquieu, Esprit des lois, Livre XIX, chap. 24.

rêt de l'enfant lui-même. La dévolution de la tutelle à l'héritier présomptif suffirait à le démontrer (Gaïus I. 192) (1). Aussi le tuteur n'a-t-il pour mission que de veiller à la gestion des biens. Tout ce qui touche à la personne même du pupille lui est étranger. Il n'a ni la garde, ni le soin de l'éducation du mineur. Il doit conserver son patrimoine, et, si c'est possible, l'augmenter; il y va de son intérêt, à cela se borne son devoir (2).

3. — D'ailleurs le caractère de la tutelle n'est pas resté toujours identique à lui-même pendant l'évolution du droit romain, il s'est transformé complétement, après de lentes et successives modifications.

Originaire de l'idée qu'il faut maintenir les biens dans la famille (1, pr. D. 26, 4), organisée dans l'intérêt des successeurs, la tutelle devint peu à peu, sous l'influence bienfaisante et conti-

---

(1) « *Ubi est emolumentum successionis, ibi et onus tutelæ esse debet* » Inst. I, 17, pr Cf. 1, Dig. 26, 4.

(2) Cf. cep. en sens contraire Domat. Loix civiles. Des tuteurs. Liv II, tit. 1, sect. 2, § 1 et sect. 3, § 2. — Montesquieu, loc. cit. En notre sens Accarias I, § 140. — Un titre entier du Digeste (Liv. 27, tit. 2.) est consacré à la surveillance de la personne du pupille et à son éducation, Cf. Code Liv. 5, tit. 49 et Nov. 22, ch. 38. — Le texte de Paul, qu'on nous oppose. « Cum tutor non rebus duntaxat, sed etiam moribus pupilli præponatur, in primis mercœdes præceptoribus non quas minimas poterit, sed pro facultate patrimonii, pro dignitate natalium constituet. » (12, § 3, D. 26, 7.) ne signifie pas autre chose que le tuteur ne doit pas, par mesquine économie, mettre obstacle à l'éducation du pupille. Le curateur a les mêmes devoirs et il n'a certainement pas le soin de la conduite de la personne en curatelle. Cf. 3, § 5, D. 27, 2. — 2. Code 5, 50.

nue du droit prétorien et de la jurisprudence, d'une mesure de faveur, un devoir et une charge publique pour le tuteur ; et d'un instrument de conservation pour les héritiers, une institution de protection pour l'impubère. Cette transformation s'est opérée d'assez bonne heure, elle est déjà accomplie en principe à l'époque du droit classique ; mais l'organisation primitive n'a pas complètement disparu pour cela, les idées anciennes n'ont pas perdu toute influence et marquent d'une forte empreinte d'originalité les règles de la tutelle romaine.

4. — L'ancien droit n'attachait pas grande importance à l'âge des personnes (1) ; en dehors des moyens imparfaits de protection dont disposait le tuteur de l'impubère, les principes généraux s'appliquaient entièrement au pupille, notamment celui qui exclut la représentation. L'impossibilité d'agir où était l'infans sui juris, les dangers auxquels elle l'exposait, la nécessité évidente de remédier à cette situation, ne parurent pas aux premiers jurisconsultes romains des considérations suffisantes pour créer une exception dans ce cas.

Le droit prétorien prit à tâche de pallier les iniquités auxquelles aboutissaient les exagérations de l'ancien droit, et, tout en respectant sa lettre, il sut en faire plier la rigidité excessive ; il compléta les pouvoirs du tuteur et aboutit à sauvegarder pleinement les intérêts de l'impubère.

---

(1) Ihering, tome II, p. 104.

5. — Le tuteur peut recourir à deux méthodes pour passer des actes relatifs au patrimoine de son pupille. Ou bien il le fait intervenir directement et se contente de l'assister en lui donnant son *auctoritas ;* ou bien il gère lui-même, passe seul les actes, et figure seul sur la scène juridique. Dans ce cas, on dit que « *tutor negotia gerit* » (1).

C'est sous cette dernière face que nous nous proposons d'examiner l'organisme et le fontionnement de la tutelle. Mais tout en laissant de côté l'étude de l'*auctoritas tutoris*, au moins devons nous la distinguer nettement de la *negotiorum gestio*, et déterminer brièvement le champ d'action de chacune d'elles.

6. — L'*auctoritas* est donnée par le tuteur, d'après des rites solennels, à l'acte passé par le pupille, et au moment même de sa formation : « *tutor statim in ipso negotio præsens debet auctor fieri : post tempus vero, aut per epistolam interposita ejus auctoritas nihil agit.* » (Loi 9, § 5, Dig. 26, 8. — Inst. I, 21, 52). C'est par conséquent le pupille qui joue le rôle actif, sur la tête de qui se fixeront les effets juridiques de l'acte ; le tuteur n'est qu'un comparse, nécessaire, indispensable, mais étranger aux conséquences de ce qui se passe. Quant à l'auctoritas, ce n'est pas une simple autorisation, c'est quelque chose de plus, en la donnant, le tuteur ne fait pas rien qu'approuver,

---

(1) Cette dualité de fonctions est très nettement indiquée dans les textes Cf. Ulpien. Reg. XI, § 25 — Dig. livre 26, titres 7 et 8, Code. liv. 5, titres 37 et 59.

il complète, en quelque sorte, la personnalité juridique de l'impubère. C'est ce que les jurisconsultes romains expriment en disant « *tutor personæ, non rei vel causæ datur* » (14, Dig. 26, 2.)

7. — Quand le pupille est infans ou absent, qu'un obstacle matériel ou juridique s'oppose à ce qu'il accomplisse lui-même les actes de gestion (par exemple il est sourd ou muet), et qu'il y a nécessité de faire une stipulation, le tuteur doit recourir au second moyen « *negotia gerit* » il prend directement l'administration du patrimoine de l'impubère, il agit lui-même, traite en son propre nom avec les tiers, il devient le sujet actif ou passif des actes qu'il accomplit, c'est lui qui en assume les effets. Tandis que le tuteur « *qui auctoritatem interponit* » reste étranger à la situation juridique (1) qu'il concourt à créer, quand *negotia gerit* il s'approprie l'acte et les conséquences, il est partie ; le pupille reste à l'écart. On comprend facilement que le tuteur étant exposé dans ce dernier cas au danger de l'insolvabilité de son pupille, hésitera souvent à se porter *negotiorum gestor*. Pendant longtemps, il lui fut permis de s'abstenir d'administrer, sans encourir de responsabilité, tandis qu'il était responsable d'avoir intempestivement refusé son auctoritas (17, D. 26, 8. Cf. Inst. I. 20, § 3).

8. — Il est probable que la forme de l'auctoritas a précédé la negotiorum gestio. La tutelle était, on s'en souvient, instituée primitivement dans

(1) *Qui auctor est se non obligat.*

l'intérêt du tuteur. A un moment de civilisation rudimentaire, où les actes juridiques étaient peu multipliés, où la fortune consistait en terres, la tutelle avait pour but de conserver intact le patrimoine familial, l'administration n'était pas bien compliquée, et les agnats étaient suffisamment garantis par la nullité des actes passés sans leur auctoritas. La tutelle des femmes pubères, instituée dans une même pensée de faveur pour la famille agnatique, ne connut jamais que la forme de l'*auctoritas* (1).

Les anciens Romains, avares de formes nouvelles avaient, sans doute, emprunté celle-ci à une institution politique. Nous savons, en effet que le Sénat, au début, donnait son *auctoritas* aux lois votées par le peuple pour leur donner le caractère obligatoire (2).

Quoi qu'il en soit de ces conjectures, la tutelle romaine telle que nous la connaissons par les textes des plus anciens jurisconsultes, présente le double aspect que nous venons d'esquisser.

Nous nous proposons, pour notre part, d'étudier plus particulièrement les fonctions du tuteur « *negotia gerens.* »

9. — Nous diviserons notre matière en quatre chapitres :

---

(1) Ulpien XI, 25. « *Pupillorum pupillarumque tutores et negotia gerunt et auctoritatem interponunt ; mulierum autem tutores auctoritatem duntaxat interponunt.* »

(2) Willems. Droit public romain. Liv. 2, sect. 2, chap. 3, § 2 (page 211, 4e édition).

Chapitre I. — Dans quelles hypothèses le tuteur emploie-t-il la « *negotiorum gestio* » ?

Chapitre II. — Quels sont les pouvoirs du tuteur *negotia gerens* ?

Chapitre III. — Fonctionnement de la *negotiorum gestio* :

Section I. — Dans les actes extrajudiciaires.

Section II. — Dans les actes judiciaires.

Chapitre IV. — Liquidation de la *negotiorum gestio* à la fin de la tutelle. — Recours du pupille contre son tuteur — contre les tiers.

Dans un *appendice*, nous rechercherons quelles modifications apporte aux règles générales de la *negotiorum gestio*, la délation de la tutelle à plusieurs tuteurs.

CHAPITRE I

DANS QUELLES HYPOTHÈSES LE TUTEUR EMPLOIE-T-IL LA *negotiorum gestio*.

10. — Le principe, en notre matière, est que le tuteur peut, à son choix, exercer ses actes d'administration (1) par la voie de l'*auctoritas* ou de la *tutelæ gestio*. (Ulp. XI, 25, — 1, § 2 à 4, D. 26, 7).

Les exceptions reposent sur deux idées :

1° Ou bien l'acte répugne par sa nature ou sa forme à l'intervention d'un intermédiaire. Dans ce cas, la voie de l'*auctoritas* est seule ouverte ;

2° Certains cas ou des circonstances de fait rendent impossible la prestation de l'auctoritas, la voie de la gestion est seule ouverte alors.

Il pouvait même arriver que les deux moyens fussent fermés au tuteur par le concours des deux idées indiquées ; nous verrons qu'on finit par admettre dans cette hypothèse, le tuteur à la gestion (n^os^ 15-16, in fine).

---

(1) Nous saisissons l'occasion de déclarer que nous employons constamment le mot *administration* au sens large de gestion du patrimoine, en y comprenant aussi les actes d'aliénation.

A) *Obstacles à l'emploi de la tutelæ gestio.*

11. — Nous savons déjà que le tuteur *negotia gerens* est le sujet actif des actes d'administration, que leurs effets se fixent directement sur sa tête. Nous devons en tirer cette première conséquence que dans les cas où la présence de l'intéressé est rendue nécessaire par l'essence même de l'acte, l'emploi de la *negotiorum gestio* sera impossible.

12. — On ne comprendrait pas, par exemple, que le tuteur pût donner son pupille en *adrogation*, sans le concours personnel de celui-ci, et pût produire ainsi, par son propre fait, une cause mettant fin à ses devoirs.

L'aliénation d'un bien par *mancipatio* ou *in jure cessio* ne peut être accomplie par le tuteur *negotia gerens*.

Il en sera de même aussi, de tous les actes qui empruntent leurs formes à la *legis actio*. Dans de pareils actes, en effet, les solennités exigées impliquent toujours la qualité de titulaire du droit chez celui qui les remplit.

« *Nemo alieno nomine agere potest* » nous dit Gaïus (IV. 82), c'est vrai aussi bien du procès fictif que du véritable. Quant à l'exception faite en faveur du tuteur, nous verrons plus tard, quelque sens que l'on donne aux mots « *pro tutela* » (1), qu'elle ne fut admise que dans les cas d'absolue impossibilité pour le tuteur d'agir autrement.

---

(1) Inst. IV, 10, pr.

Mais, dans tous les cas où une aliénation sera nécessaire ou utile, le tuteur pourra procéder par voie de tradition, et rendra par ce procédé l'acquéreur propriétaire ou du moins possesseur en position d'usucaper.

13. — Le tuteur pourrait acquérir pour son pupille dans ces formes ; mais il deviendrait lui-même titulaire du droit et serait obligé de le lui retransférer plus tard. Nous aurons occasion de faire remarquer que le tuteur a un moyen beaucoup plus pratique d'acquérir directement la propriété à son pupille, toutes les fois qu'il pourra employer la tradition. (1, § 20. D. 41, 2. — 13, § 1, D. 41, 1).

Nous avons par là répondu d'avance à l'opinion de M. Ortolan (1). « Pour les actes de cette nature (ceux qui s'accomplissent au moyen de paroles ou de solennités prescrites), nulle représentation ne fut possible : chaque citoyen fut toujours obligé d'agir lui-même ; à l'égard des autres actes, des contrats et des opérations de droit des gens, il fut admis qu'on pourrait en confier le soin à des procureurs ; qu'ils pourraient être faits par des gérants d'affaires. Et, bien que d'après la stricte application des principes, le procureur, le gérant d'affaires ne fussent jamais que des personnes agissant en leur propre nom dans l'intérêt d'un tiers, s'engageant eux-mêmes en engageant les autres envers eux, cependant, à l'aide d'actions de compte réciproques, d'actions utiles, de moyens

(1) Op. Cit., tome II, § 234.

indirects et d'interprétations variées selon les cas, on parvint à reporter sur celui à qui l'affaire appartenait réellement les avantages et les désavantages des négociations. »

On ne voit pas bien pourquoi le tuteur ne pourrait acquérir *en son nom*, pour le compte de son pupille, par un acte solennel. L'opinion de M. Ortolan n'est vraie, en notre matière, que pour les actes solennels *d'aliénation*.

14. — C'est ainsi que le tuteur ne pourra faire seul une *manumission* d'un esclave du pupille. Il faut pour celà la volonté du propriétaire lui-même, exprimée dans les formes *vindicta* ou *censu*.

Il ne pourra non plus faire acceptilation d'une créance de l'impubère. La réponse à la question du débiteur « *Quod ego tibi promisi acceptumne habes* » ne se comprend que dans la bouche du créancier en personne !

15. — Le tuteur ne peut, ni accepter une hérédité échue à son pupille, ni la répudier. Pour avoir ce droit, il faut avoir une vocation personnelle à la succession. En poussant ce principe aux conséquences extrêmes, on aboutirait à ce résultat que le pupille infans ou absent, ni le fou, ne peuvent faire adition d'hérédité, ni personne en leur nom.

On finit par admettre (1) que tant que le pupille

---

(1) On avait eu d'abord recours à des moyens détournés pour échapper à la rigueur des vieux principes. On faisait prononcer à l'infans les paroles de l'adition, alors même qu'il ne les comprenait pas (9. D. 29, 2), on ins-

n'aurait pas dépassé l'infantia, son tuteur pourrait faire adition en son nom (18 code 6, 30. — 8, code Théod. 8, 18).

On avait déjà reconnu au tuteur le droit de demander la *bonorum possessio* pour son pupille (7, § 1, D. 37, 1).

16. — Quant à la répudiation de l'hérédité ou de la bonorum possessio, quiconque est incapable de faire adition est incapable de répudier (4 et 18, D. 29, 2, Cf. 8, D. 37, 1 — 1, § 4, D. 38, 9). Il n'y avait pas le même danger que pour l'acceptation, aussi ne permit-on jamais au tuteur de faire seul une répudiation. Il put seulement, quand l'infans était *heres suus et necessarius* lui procurer le bénéfice d'abstention (4, Code 5, 51).

On permettait exceptionnellement au tuteur de céder la succession qui n'était déférée au pupille qu'à charge de la restituer à une autre personne (*Hereditas fideicommissaria*), (Cf. 37, § 1, D. 36, 1. — 7, pr. Code 6, 49.)

17. — On discute la question de savoir si le tuteur pouvait exercer la *legis actio* pour son pupille. Nous aurons occasion de revenir sur ce point, et nous renvoyons la discussion de cette controverse au moment où nous parlerons de la représentation en justice du pupille par son tuteur.

---

tituait héritier son esclave, et le tuteur avait capacité pour lui donner le *jussus* de faire adition (50, D. eod.) ou on employait le moyen des fideicommis (65, 3, D. 36, 1).

B.) *Circonstances qui rendent nécessaire l'emploi de la tutelæ gestio.*

18. — Pendant la période de l'*infantia* (1), l'impubère ne peut prendre part aux actes relatifs à son patrimoine ; de même s'il est absent ou fou. Le tuteur devra donc recourir à la *negotiorum gestio*. Pourra-t-il du moins s'abstenir d'administrer, afin d'éviter de s'exposer à la fin de la tutelle, à subir l'insolvabilité de son pupille ? A l'origine, le tuteur n'avait même pas d'action en recours contre l'impubère devenu pubère ; une conséquence de cet état de chose, était qu'on ne le rendait pas responsable du défaut d'administration ; mais, lors de la disparition du mode de nomination des tuteurs établi par la loi *Atilia*, le préteur autorisa le recours par l'action *tutelæ contraria* (1, pr. D. 27, 4.) En revanche, il força le tuteur à gérer et pour celà, il intervenait *extra ordinem*, probablement en envoyant le pupille en possession des biens du tuteur récalcitrant, qui pouvait en outre encourir l'infamie à la suite du *crimen suspecti tutoris*. (3, C. 5, 43) cf. 1. pr. D. 26, 7. — 2, D. eod.

(1) On a souvent discuté sur la durée de l'infantia ; était-ce l'époque où l'enfant ne peut pas parler, comme semble l'indiquer l'étymologie du mot ; est-ce une période fixe et invariablement terminée à 7 ans ? Nous préférons la 2e opinion qui est, en tout cas, celle adoptée dans le dernier état du droit (8, Code, Th. 8, 18, cf. 18, Code Justin. 6, 30.) Cf. Accarias I, 154.

CHAPITRE II

POUVOIRS DU TUTEUR *negotia gerens*.

19. — Nous venons de voir quelles sortes d'actes le tuteur peut passer en sa qualité de *negotiorum gestor*, nous devons rechercher maintenant de quels droits de son pupille il peut disposer ; en d'autres termes, quelle est l'étendue de son pouvoir et quelles sont les limites de son mandat.

Le tuteur a pour mission de conserver et, s'il est possible, d'augmenter le patrimoine de son pupille. Pour remplir ce but, il a tous les droits de la plus large administration : *Tutor qui tutelam gerit*, dit Paul, *quantum ad providentiam pupillarem domini loco haberi debet.* (27, D. 26, 7.)

20. — Dans l'ancien droit, cette règle était prise à la lettre ; non seulement le tuteur pouvait faire les actes d'administration *stricto sensu*, mais tous les actes de disposition qu'il jugeait nécessaires, ou simplement utiles (12, § 1, D. 26, 7. — 35, pr. D. 12, 2. — 20, D. 46, 2. — 54, § 5 et 56. § 4, D. 47, 2.) (1).

(1) Cf. Van Wetter I, p. 251.

Le tuteur est même obligé, sous sa responsabilité, au début de son entrée en fonctions, de vendre certains biens improductifs ou sujets à dépérissement. (22, c. 5, 37. — 5, § 9, D. 26, 7. — 7, § 1, D. eod. — 3, code 5, 58.)

A partir de l'époque classique, on fut frappé du danger qu'il y avait pour les pupilles à voir vendre des biens offrant des placements assurés, et l'on restreignit les pouvoirs des tuteurs relativement à l'aliénation des immeubles et de certains meubles particulièrement précieux.

21. — Un sénatus-consulte proposé par l'empereur Septime Sevère défendit d'aliéner les *prædia rustica vel suburbana* des pupilles (1. pr. D. 27, 9) sauf dans certaines hypothèses que la jurisprudence généralisa par la suite et étendit à tous les cas où l'aliénation aurait une cause légitime, c'est-à-dire étrangère à la volonté du tuteur (1, § 2. — 3, §§ 2, 5 et 7. D. 27, 9. — Cf. 5 et 17, code 5, 71. — 46, Dig. 44, 7.)

Constantin étendit cette prohibition à tous les biens du mineur, y compris les vêtements ou les animaux inutiles, et Justinien l'étendit aux créances (22, Code 5, 37. — 4, Code 5, 72. — 28, 5, Code 5, 37). Mais le tuteur peut et doit en toucher le paiement (9, § 5, D. 26, 7) et opérer le placement des capitaux (5, D. eod.) ce ne sont pas là en réalité des aliénations, mais des actes de bonne administration.

22. — Le tuteur placé à la tête du patrimoine de l'impubère pour le conserver, ne peut évidemment faire d'actes à titre gratuit à l'exception néan-

moins des cadeaux usuels, et de peu d'importance (*Solemnia munera.* Cf. 22, 12, § 3. D. 26, 7. — 4. D. 27, 2), que ce soit directement, ou par des moyens détournés (novation, transaction, etc. — Cf. 46, 7. D. 26, 7. — 1, 22, D. eod. 11, Cod. 5, 37).

23. — Le tuteur doit plaider pour son pupille quand les besoins de la gestion l'exigent « *tutor ad utilitatem pupilli rem in judicium deducere potest* » (22, D. 26, 7) mais il ne doit pas entamer un procès dont l'issue est évidemment défavorable.

On s'est demandé si le tuteur pourrait se faire substituer, à ses risques et périls, en constituant un *cognitor in rem pupilli.* La raison de douter vient de ce que la nomination d'un pareil mandataire exige des paroles solennelles devant le magistrat (G. IV, 83) ; mais, outre que ces formules sont moins rigoureuses que celles de la legis actio (1), il faut ajouter que leurs termes ne sont pas inconciliables avec une substitution d'un cognitor au tuteur : *Quod ego a te fundum peto, in eam rem Lucium Titium tibi cognitorem do... quia tu a me fundum petis, in eam tibi Publium Mœvium cognitorem do.....* etc., ou bien *Quod ego tecum agere volo in eam rem cognitorem do... quia tu mecum agere vis in eam rem cognitorem do.* » Rien n'explique que ce soit le titulaire même du droit en litige qui parle, et n'empêche qu'un représentant légal puisse l'employer pour

---

(1) *Non tamen sic putat certis verbis cognitorem dari debere ut, si quid fuisset adjectum vel detractum, non valeat datio, ut in legis actionibus.* — fr. vat. § 328.

se faire remplacer par un représentant conventionnel. Un mandataire général ordinaire peut le faire, si sa personne n'a pas été prise en considération pour ses aptitudes particulières (par ex. l'*actor civitatis*) (Cf. 8, § 3. D. 17, I. — 74. D. 3, 3). Il est tout naturel d'admettre que le tuteur a le droit de prendre toutes les mesures nécessaires pour le mieux des intérêts de son pupille.

24. — Le tuteur a tous les pouvoirs d'un administrateur général, nous avons vu qu'il peut placer les capitaux, il loue les immeubles du pupille ou les fait cultiver ; mais il ne pourrait aliéner un usufruit constitué sur la tête de celui-ci (3, § 5, D, 27, 9), pas plus qu'il ne peut établir un usufruit ou une servitude, ni créer un droit d'emphytéose sur ses biens, ce serait un moyen détourné d'aliéner, contraire à l'esprit du S. C. de Septime Sevère (4, Code 5, 71 — 3, § 4, D. 27, 9) (Cf. 3, §§ 4 et 5, D. 27, 9). Rentre aussi dans ses attributions le droit de prélever sur les biens du pupille pour pourvoir à son éducation.

25. — Il y a enfin toute une catégorie d'actes où le tuteur ne peut figurer en sa qualité, ni comme *auctor*, ni comme *negotiorum gestor* ; ce seront ceux où il a des intérêts opposés à ceux de l'impubère. (Ulp. XI, § 24. — Cf. Gaius I, 184.) On en comprend aisément le motif. En pareille circonstance, on nommait au pupille un tuteur spécial, puis, sous Justinien un curateur spécial (Inst. I, 21, § 3.) Il était du reste interdit au tuteur de passer certains actes avec son pupille, notamment de devenir cessionnaire d'un de ses droits (Nov. 72, ch. 5.)

Il faut dire, cependant, que lorsque le tuteur était créancier ou débiteur de son pupille, il n'y avait pas lieu de recourir à la nomination d'un curateur spécial. En pareil cas, suivant que le paiement de la créance, opéré pendant le cours de la tutelle, et à raison des intérêts qu'elle produisait, était ou non favorable au pupille, les jurisconsultes avaient établi une série de présomptions d'après lesquelles le tuteur était ou non censé s'être payé à lui-même la somme due; et qui permettaient au pupille, à la fin de la tutelle, de réclamer ces sommes tantôt par l'action *tutelæ directa*, tantôt par l'action originaire. (Cf. 9, § 1 à 5, D. 26, 7), (1) (5, D. 27, 7. — 4, § 4, D. 46, 6).

---

(1) V. Dumoulin. Thèse, p. LIV, sqq.

CHAPITRE III

FONCTIONNEMENT DE LA NEGOTIORUM GESTIO.

---

26. — Quand le tuteur *negotia gerit*, nous savons déjà que c'est lui seul qui passe, en son propre nom, les actes relatifs au patrimoine de son pupille. En quelle qualité se présente-t-il, et quelle est la nature de son office en pareil cas ? Est-ce un mandat, une gestion d'affaires, ou bien la *tutelæ gestio* est-elle une situation particulière ? La réponse à ces questions nous aidera à déterminer, avec le caractère de l'intervention du tuteur, quelles sont, dans les actes ainsi passés par le tuteur, les relations entre le tuteur et le pupille, le tuteur et les tiers contractants, le pupille et ces tiers. Nous nous proposons donc dans ce chapitre, d'étudier le mécanisme et le fonctionnement de la *tutelæ gestio*, afin de savoir dans quelle mesure le tuteur représente son pupille dans les actes extra-judiciaires et judiciaires relatifs à son patrimoine.

27. — A considérer la source des pouvoirs du tuteur et ses rapports avec son pupille, il semble bien que la tutelle prend naissance comme la gestion d'affaires. L'une et l'autre, en effet, ont une cause licite autre que la convention, se forment *quasi ex contractu* (Inst. III. 27, § 2.) C'est ce que nous

dit Pothier (1). *Quasi contractus species, Tutela, nam* : « Tutelæ quoque judicio qui tenentur, non proprie ex contractu obligati intelliguntur ; *nullum enim negotium inter tutorem et pupillum contrahitur*. Sed quia sane non ex maleficio tenentur, quasi ex contractu teneri videntur. Et hoc autem casu mutuæ sunt actiones : non tantum enim pupillus cum tutore sed et contra tutor cum pupillo habet actionem ; si vel impenderit aliquid in rem pupilli, vel pro eo fuerit obligatus, aut rem suam creditori ejus obligaverit. »

On peut dire aussi que, tandis que pour le mandat il faut l'accord des deux volontés, pour la gestion d'affaires, il suffit de la volonté du gérant, de même que dans la tutelle, de la volonté du tuteur ; tandis que les relations entre le mandant et le mandataire naissent du contrat de mandat, les relations entre le gérant d'affaires et le *dominus*, entre le tuteur *negotiorum gestor* et le pupille naissent du fait que l'un s'est immiscé dans les affaires de l'autre ; d'où cette différence entre le mandataire et ces deux derniers, du moins à l'origine du droit romain, que le mandataire est obligé d'accomplir l'acte dont il s'est chargé, tandis que ni le tuteur, ni le gérant d'affaires ne sont tenus de faire les actes de gestion.

28. — C'est ce qui nous fait supposer qu'à une époque ancienne du droit romain, la *negotiorum gestio* du tuteur ne fut qu'une des applications de

---

(1) Pandectes, liv. 44, tit. 7. I. partie, art. 2, § 14. 2e, cf. 5, § 1, D. 44, 7.

la *negotiorum gestio* ordinaire, et ne s'en différenciait point. C'est ce que confirmerait ce que nous avons énoncé plus haut, que *l'auctoritatis praestatio* fut à l'origine la seule *fonction* du tuteur. Elle avait d'abord suffi, à une époque de civilisation rudimentaire ; mais, avec l'agrandissement de Rome, le perfectionnement de la propriété, la complication croissante des rapports juridiques, la nécessité dut se faire sentir de rechercher un moyen détourné pour le tuteur, de gérer le patrimoine de l'impubère infans, ou absent, dans des cas plus complexes ! Il est probable que l'on connaissait déjà, chez un peuple guerrier et aventureux, la pratique de la gestion des affaires d'un absent, et l'analogie entre les situations de l'absent et de l'infans, incapables *de fait* tous deux, dut amener, évidemment, à employer dans l'un et l'autre cas des mesures identiques.

On peut du moins conjecturer que les choses se sont passées ainsi, puisque le silence des textes ne permet de rien affirmer de précis sur ce point (1).

29. — Mais dès que le préteur accorde au tuteur l'action *tutelæ contraria* et par contre coup l'oblige à administrer sérieusement le patrimoine de l'impubère, il ne peut plus être question de considérer les fonctions du tuteur comme une *negotiorum gestio* ordinaire, c'est comme un véritable mandat que nous les présentent les textes.

---

(1) C'est ce qui s'était également produit, sous le système de la loi des XII Tables, pour les héritiers de l'*insanus* (Accarias, I, nº 167).

Si, à son origine, la tutelle est obligatoire, si c'est un *munus publicum* imposé (1), alors que le mandat est d'essence purement volontaire, cette différence n'influe pas sur le fonctionnement et le mécanisme de nos deux institutions.

En ce qui concerne notamment les rapports du mandant et du tuteur avec les tiers, et les relations qu'ils font naître entre les tiers avec qui ils contractent et leur mandant ou pupille, nous verrons qu'ils se ressemblent en tout point.

30. — Comme le mandataire, le tuteur a le pouvoir de passer, relativement au patrimoine dont il a la gestion, certains actes qui seront valables par celà seul qu'il les aura passés ; sans que le pupille ni le mandant puissent les méconnaître, à la différence des actes du gérant d'affaires, dont la validité dépend d'une ratification que le maître de l'affaire peut accorder ou refuser *ad nutum*. « L'idée de mandat est donc au fond des esprits et au fond des choses, non comme un fait qu'on présume exister, mais comme un type, une règle à laquelle on rapporte tout ce qui se fait » (2).

31. — Le mandataire est tenu d'exécuter le mandat s'il a accepté sa qualité de mandataire (Inst. III, 26, § 11). De même, le tuteur est tenu d'administrer au mieux des intérêts de son pupille (I, pr., D. 26, 7).

---

(1) Cette différence n'existe même pas pour la tutelle testamentaire, au moins jusqu'à Ulpien (Ulpien, Reg. XI, § 17).

(2) Labbé. — De la ratification des actes d'un gérant d'affaires, p. 10.

La *negotiorum gestio* ordinaire est au contraire essentiellement volontaire, en ce sens que c'est le gérant qui par ses actes détermine l'objet et l'étendue de sa gestion ; elle peut être générale si, dès l'origine, il l'a appliquée à une universalité de biens, mais en principe, elle est spéciale à chaque affaire qu'il entame, et il ne saurait être responsable d'avoir négligé les autres (20, Code 2, 19).

La *gestio* du tuteur donne lieu, à la fin de la tutelle, aux actions *tutelæ directa* et *contraria* qui offrent, comme nous le verrons, la plus grande analogie avec les actions *mandati directa* et *contraria*.

On peut donc dire que la mission du tuteur à l'égard de son pupille, est une sorte de mandat légal (*munus publicum*), et se guider, pour en étudier le fonctionnement, sur les règles du mandat.

32. — La *negotiorum gestio* du tuteur présente aussi la plus grande analogie avec celle du curateur du fou, du prodigue ou du mineur de 25 ans. Elle répond, dans l'un et l'autre cas, aux mêmes besoins, et nous venons de voir qu'elle a suivi la même marche dans sa formation (n° 28, note.)

Sous le régime de la loi *Plætoria*, il y avait cependant une différence ; le curateur des mineurs de 25 ans n'était donné que *redditis causis*, c'est-à-dire pour une affaire spéciale. A partir de Marc-Aurèle ces mineurs purent avoir des curateurs généraux comme le fou ou le prodigue.

Une autre différence, plus apparente que réelle, tient à ce que les Romains, assimilant le curateur

à un *negotiorum gestor* ordinaire, le soumettaient à l'action *negotiorum gestorum directa* utile, et lui accordaient l'action *contraria utilis negotiorum gestorum* tandis que la tutelle donnait lieu à des actions spéciales (*directa et contraria tutelæ*). Mais les résultats étaient les mêmes : ainsi le mineur, le prodigue et le fou ont le même *privilegium* et plus tard la même hypothèque tacite que l'impubère (25, D. 7, 3 — 15, 1, D. 27, 10. — 20, code 5, 37). Le curateur a, comme le tuteur, le pouvoir de passer relativement au patrimoine du *furiosus* ou du prodigue des actes qui seront valables sans ratification (17, D. 27, 10, Cf. 12. — 7. — 10 § 1. — D. eod.)

Ces premiers jalons posés, en ce qui concerne la méthode à suivre, il nous reste à rechercher comment le tuteur entre en relations avec les tiers, à l'occasion du patrimoine de l'impubère et comment il passe avec eux les actes indispensables à une bonne administration. Nous examinerons séparément le mécanisme de la negotiorum gestio :

Section 1°. Dans les actes extrajudiciaires.

Section 2°. Dans les actes judiciaires.

SECTION 1°

FONCTIONNEMENT DE LA NEGOTIORUM GESTIO DANS LES ACTES EXTRAJUDICIAIRES

33. — La loi romaine, plus formaliste que la nôtre, n'admettait pas la représention dans les actes juridiques : chacun devait agir en son nom et par lui-même. Cette règle était générale : elle

s'appliquait aux actes dénués de formes comme aux actes solennels, aux actes relatifs à la propriété comme aux actes relatifs aux créances » (1).

Il faut donc dire d'une manière générale que tout mandataire, tuteur ou curateur, bien qu'agissant pour le compte d'autrui, doit contracter en son nom personnel, sauf à transférer plus tard au véritable intéressé le résultat de ses opérations. *Quæcumque gerimus quum ex nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostra persona obligationis initium sumant, inanem actum nostrum efficiunt; et ideo neque stipulari, neque emere, vendere, contrahere, ut alter suo nomine recte agat, possumus* » (11, D. 44, 7.)

34. — Tel est le principe, et il est fort probable qu'il fut, à l'origine, appliqué dans toute sa rigueur au tuteur (2). Le seul remède, quand l'impubère était dans l'impossibilité matérielle ou morale d'agir en personne, *cum auctoritate*, était donc la *negotiorum gestio*. Mais il y avait, à ce procédé, de graves inconvénients que la pratique parvint à atténuer peu à peu. Nous allons successivement exposer le rôle du tuteur :

A) Dans les actes translatifs ou acquisitifs de droits réels.

B) Dans les actes créateurs ou extinctifs d'obligations.

---

(1) Gide. — Etudes sur la novation, p. 275.

(2) Cf. Ihering. — II. p. 104.

A) *Actes acquisitifs ou translatifs de droits réels.*

35. — Dans le droit primitif, la règle « *nihil nobis per extraneam personam acquiri potest* » rend impossible l'acquisition directe, par mandataire, de la propriété et de la possession.

Pour posséder une chose, il faut en avoir la détention matérielle (*corpus*). Il faut, en outre, l'intention formelle de se comporter à son égard en *possesseur* ou en *propriétaire* (*animus*).

Il fut admis d'assez bonne heure (1) que le *corpus*, élément matériel de la possession, pouvait s'acquérir par le fait d'un représentant.

Pour que ce résultat se produise, il faut que le représenté ait l'*animus possidendi* qui devra se manifester à deux instants différents et de deux manières.

36. — Il doit tout d'abord vouloir acquérir, et indiquer son intention par un mandat donné à son représentant. On est parti de cette idée pour soutenir que si l'acquisition a lieu à l'insu de l'incapable, sans mandat exprès ni tacite, il faudra une ratification postérieure (2), c'est oublier que pour les personnes en tutelle, la loi a suppléé à la volonté de l'impubère, en donnant à son tuteur le

---

(1) Cf. Maynz, II. § 307. — Fourcade, op. Cit. p. 51, sqq. — Certains auteurs pensent même qu'il fut admis, *de tout temps*, que la possession peut s'acquérir *corpore alieno*. Cf. Accarias, I. nº 215. — Windscheid, Pandecten, I. § 155.

(2) Van Wetter, p. 179-180.

mandat légal de réaliser les acquisitions avantageuses (1).

La seconde condition pour qu'on puisse dire qu'il y a *animus possidendi*, c'est que le représenté doit avoir *conscience de sa possession*. « C'est à ce moment-là que sa volonté se fixe et acquiert le degré de précision qu'il faut trouver dans l'*animus possidendi*. » (2) Donc les personnes incapables d'une conscience réfléchie seront dans l'impossibilité de devenir possesseurs, jusqu'au jour où elles pourront savoir et comprendre leur situation ; c'est à dire pour les *infantes*, jusqu'à ce qu'ils sortent de l'*infantia*. Jusque-là, le tuteur sera tenu pour le possesseur réel, et il se produira à ce moment une nouvelle transmission de la possession du tuteur à son pupille.

37. — Telle fut la théorie première, mais les nécessités pratiques finirent par faire admettre que le représentant pouvait acquérir la possession pour le représenté, même à l'insu de ce dernier, « *Procurator, si quidem mandante domino rem emerit,* PROTINUS *illi acquirit possessionem..*» (3). (Ulp. 42, 1, D. 41, 2).

Ce qui est vrai du mandataire est vrai aussi du

---

(1) Fourcade, loc. cit., p. 61.

(2) Fourcade, loc. cit, p. 62. — Cf. Labbé, op. cit. § 19, sqq.

(3) *Per liberam personam ignoranti quoque adquiri possessionem et postquam scientia intervenerit, usucapionis conditionem inchoari posse tam ratione utilitatis quam juris pridem* (quelques mss portent *jurisprudentia*) *receptum est.* » I. Cod. 7, 32, Cf. Inst. II, 9, § 5.

tuteur, qui a un mandat légal d'accomplir les actes nécessaires à la gestion du patrimoine du pupille : « *Per procuratorem*, TUTOREM, *curatoremve possessio nobis acquiritur.* » (Paul, I. § 20, D. 41, 2. — Paul Sent. V. 2, § 1). (1)

38. — Le tuteur devait-il agir au nom de son pupille pour lui acquérir la possession ? La raison de douter provient de ce que les textes qui parlent de l'acquisition *per extraneam personam* constatent que l'acquisition a été faite « *meo nomine* » ; mais, ainsi que le fait très judicieusement remarquer M. Fourcade (2), ces mots semblent bien plutôt signifier *dans mon intérêt* que *en mon nom* ; le mot *nomen* est fréquemment employé avec cette détermination ; c'est ce que viendrait au besoin confirmer le texte fondamental de notre matière, qui exprime cette idée d'un façon très précise, « *Per procuratorem, tutorem, curatoremve possessio nobis acquiritur. Quum autem* SUO NOMINE *nacti fuerint possessionem,* NON CUM EA MENTE UT OPERAM DUNTAXAT SUAM NOBIS ACCOMMODARENT, *nobis non possunt acquirere.* » (1, § 20, D. de poss.) acquérir *nomine alieni*, c'est donc acquérir *cum ea mente ut operam duntaxat suam alieno accommodet*, c'est-à-dire dans son intérêt.

---

(1) Cette innovation qui fut apportée en même temps pour les pupilles que pour les mandants capables, dut être admise à une époque assez ancienne, puisque Neratius, qui vivait sous Trajon et Adrien, l'enseigne déjà (13, pr. D. 41, 1).

(2) Op. cit. p. 85, 86.

Il est donc probable que le tuteur pouvait agir indifféremment des deux façons : au nom de son pupille, en son propre nom.

39. — Dans les circonstances où le tuteur avait pouvoir d'aliéner les droits du mineur, il le représentait sous les mêmes conditions pour la transmission à des tiers acquéreurs de la possession que pour l'acquisition.

40. — L'ancienne règle de la non représentation ne subit jamais de modifications dans les modes solennels de transfert de la propriété : la mancipation, l'in jure cessio ; mais, en ce qui concerne la tradition, il est probable qu'elle subit l'influence des diverses transformations adoptées pour la transmission de la possession.

Puisque le tuteur représentait le pupille en acquérant ou en aliénant pour lui la possession, il était naturel de décider qu'il le représentait, qu'il acquérait et transmettait directement pour lui, la propriété des biens susceptibles de se transmettre par tradition (Gaius, II, 19, — Ulp. XIX, § 7). C'est ce qui résulte suffisamment de la nature même de la tradition ; l'acquisition de la propriété n'est que la conséquence de l'acquisition de la possession. Mais cet effet ne se produit que pour les *res nec mancipi*, d'où il suit que si le tuteur a tradé une *res mancipi*, l'acquéreur n'en sera pas devenu propriétaire *ex jure quiritium*, il n'aura que l'*in bonis* (Gaius II, 41. — 7, § 3, D. 27, 10) il pourra simplement l'usucaper.

41. — M. Accarias, s'appuyant sur la loi 16, Code

5, 37 (1), nous dit : « Je ne voudrais pas affirmer qu'autrefois cette usucapion ne fût pas également nécessaire (à l'acquéreur) alors qu'il s'agissait d'une *res nec mancipi*. Dans cette doctrine, celui qui aliène au nom d'autrui ne fournirait jamais à l'acquéreur qu'une *justa causa possidendi* » (2).

Une pareille théorie nous semble contraire à tout ce que nous savons des pouvoirs du tuteur. Si le transfert de propriété par la tradition est le résultat du transfert de la possession, il en résulte logiquement que le tuteur peut transmettre à un tiers la propriété des *res nec mancipi* de son pupille. « *Tutor qui tutelam gerit, quantum ad providentiam pupillarem domini loco haberi debet* — (27, D. 26, 7). *Pupillus rem a tutore legitime distractam vindicare non potest* — 12, D. 26, 7. — Quant au texte cité par M. Accarias, on peut supposer, sans trop de témérité, qu'il n'a en vue que les *res mancipi*. Ce serait d'ailleurs contraire à un texte de Gaius, qui au Comm. II, § 64, énumérant les personnes qui, quoique non propriétaires, peuvent aliéner, cite le *curator furiosi*, il doit en être de même, à *fortiori*, du tuteur ! Inst. II, 1, § 42. — 9, § 4, D. 41, 1.

---

(1) Non omni titulo res pupilli potestatem alienandi tutores habent, sed administrationis tantum causa distrahentes, quœ venumdare eis licet, justam causam possidendi comparantibus præstant. Quum itaque donandi res eorum quorum administrant negotia, potestatem habeant vindicare dominium a possidentibus non prohiberis.

(2) Tome I, § 293 in fine.

42. — Il faut, évidemment, que l'aliénation faite par le tuteur le soit dans les limites de son mandat, sans quoi elle ne produirait aucun effet au regard du pupille (1).

Sous Justinien, la distinction entre les *res mancipi* et les *res nec mancipi* ayant disparu, le tuteur peut donc transférer la propriété de tous les biens du mineur par tradition, sauf bien entendu les restrictions résultant du sénatus-consulte de Septime Sévère, et des constitutions impériales. (Loi unique, code 7, 31. — Inst. II, 1, § 40).

43. — Le tuteur peut aussi employer la forme de la *mancipatio* et de *l'in jure cessio*; mais dans ce cas, il aliène *proprio nomine*, et il ne transfère pas la propriété d'une chose qui ne lui appartient pas. Il met seulement le tiers acquéreur en situation d'usucaper. Mais s'il a agi dans la limite de ses pouvoirs, un S. C. de Trajan décidait que le pupille devrait respecter cette aliénation et n'aurait pas de recours contre ce tiers. « *Quæ bona fide a tutore gesta sunt rata habentur etiam ex rescriptis Trajani et Hadriani ; et ideo pupillus rem a tutore legitime distractam vindicare non potest, nam et inutile est pupillis, si administratio eorum non servatur, nemine scilicet emente ; nec interest tutor solvendo fuerit, nec ne, quum si bona fide res gesta sit, servanda sit, si mala fide, alienatio non valeat* » (12, 1, Dig. 26, 7).

---

(1) Nous reviendrons sur ce point en traitant des voies de recours du pupille contre les tiers.

44. — Les mêmes motifs qui interdisent la représentation au tuteur dans la *mancipatio* et *l'in jure cessio* se représentent dans le cas d'une adition d'hérédité. La *cretio*, la *nuda voluntas*, la *gestio pro hœrede* exigent, à l'époque classique, l'emploi de formes solennelles ou tout au moins l'intervention matérielle ou intellectuelle de l'héritier lui-même, en personne. (5, Code 6, 30) (Cf., n° 15). Nous avons déjà vu à la suite de quels progrès, des constitutions impériales de 407 et 426 décidèrent que le tuteur aurait le droit de faire adition d'hérédité au nom de son pupille, à titre, par conséquent, de *représentant* (18, C. 6, 30. — 8, C. Th. 8, 18). (11, D. 26, 8).

En ce qui concerne la répudiation de l'hérédité, la règle est que « *Is potest repudiare qui et acquirere potest* » (18, D. 29, 2 et loi 4, eod.).

Pour la *bonorum possessio*, on avait admis les mêmes règles (8, D. 37, 1. — 1, § 4, D. 38, 9).

En pareil cas, il y avait une nécessité pratique d'admettre la représentation du pupille. Dans le cas de répudiation, il n'en était plus de même, le tuteur n'était plus un représentant, il pouvait seulement procurer à l'impubère le bénéfice d'abstention (4, code 5, 51).

B). — *Actes créateurs ou extinctifs d'obligations.*

45. — Les nécessités de l'administration tutélaire obligeaient parfois le tuteur à faire des conventions avec des tiers, relatives au patrimoine du pupille. Pour étudier son rôle dans ces con-

trats, nous distinguerons trois ordres de conventions :

1° Conventions créant une créance ou une obligation pour le pupille ;

2° Conventions éteignant les obligations du pupille ;

3° Conventions éteignant les créances du pupille.

1° *Conventions créant une obligation ou une créance pour le pupille.*

46. — Les contrats se forment re, verbis, litteris, consensu. Pour les contrats *re* (*mutuum*, *commodat*, *depôt*, *gage*), c'est la tradition de la *res* qui fait naître l'obligation, mais la tradition peut se faire *per extraneam personam* (126, 2, in medio D. 45, 1 — 2, 4, D. 12, 1). Le tuteur pourra donc, en livrant à l'emprunteur la *res pupilli*, faire naître directement dans la personne de l'impubère, la créance *ex mutuo*, la *condictio* ex mutuo, etc. (1). Il n'était même pas besoin que ce fussent les deniers mêmes du pupille qui fussent tradés (15, D. 12, 1).

De même, si le tuteur emprunte pour le pupille, l'obligation se fixera immédiatement sur la tête de ce dernier. C'est une conséquence du principe que le transfert de la propriété peut se faire par la tradition d'une *persona extranea*.

---

(1) Cf. En ce sens pour le mandataire. — Desnos, op. cit. p 57.

Il est vrai que pendant la durée de la tutelle, on pourra poursuivre le tuteur, et c'est contre lui que l'on donnera l'action, mais en sa qualité de tuteur, et à la fin de la tutelle il n'en sera plus tenu (5, pr., D. 26, 9) (1).

Mais il faudra, pour que le tuteur soit censé représenter le pupille, qu'il ait traité au nom de ce dernier (5, 1, D. 26, 9).

47. — Ce qui est vrai des contrats *re* est vrai aussi des quasi contrats *re*, par ex. la *condictio indebiti* (Inst., III, 14, § 1) pour les mêmes motifs ; c'est ainsi que si le tuteur paie, avec les deniers du pupille ou avec les siens propres, un *indebitum*, croyant payer une dette du pupille, ce paiement fait naître la *condictio indebiti* sur la tête de l'impubère (L. 6, § 3. — L. 57, D. 12, 6) (2).

Il en serait de même de l'action *furti* et de la *condictio furtiva* données contre celui qui reçoit sciemment l'*indebitum*.

48. — De même si le tuteur qui, comme nous le verrons, représente l'impubère pour toucher le paiement des sommes qui lui sont dues, a reçu à ce titre un *indebitum*, la *condictio indebiti* sera, à la fin de la tutelle, dirigée contre le pupille devenu pubère, et non contre le tuteur (57,1, D. 12, 6). Mais il faudra qu'à ce moment l'impubère devenu pubère ait accepté les conséquences de

---

(1) Cujas intercale dans cette loi, entre les mots *quam in tutores..... si modo nullam...* ceux-ci *post depositum officium.*

(2) Cf. Desnos, p. 59. — Chesneau op. cit, p. 81.

cette opération, car on ne peut dire que le tuteur a agi dans la limite de ses pouvoirs ou de son mandat. Il ne devait pas toucher l'indû (6, pr. D. 12, 7). (1).

49. — Pour les autres contrats, on peut dire que la représentation n'exista jamais à Rome. Quand la nécessité se faisait sentir de stipuler, de vendre, etc., et que, pour une raison ou pour une autre le pupille ne pouvait intervenir à l'acte, le tuteur passait lui-même le contrat, stipulait, vendait, etc., *en son propre nom.* Il s'obligeait par conséquent, et, en apparence du moins, le pupille y était absolument étranger.

On finit par admettre, à l'exemple de l'action *judicati*, que les actions nées du contrat seraient données *utiliter* au pupille et contre lui. C'est ainsi que Papinien décide que le pupille doit garantir l'acheteur de l'éviction, même quand c'est le tuteur qui a fait la vente. Il en est tenu par une action utile, et seulement jusqu'à concurrence du prix qu'il a reçu (4, 1, D. 21, 2).

Ulpien va même plus loin, et décide que le pupille sera tenu pour le tout, encore bien que le tuteur soit insolvable (12, 1, D. 26, 7.) Mais, au moins pendant la durée de la tutelle, le tuteur n'est pas pour celà déchargé de son obligation envers les tiers.

---

(1) Cf. Molitor Oblig. — nº 855. — Chesneau. — op. cit. nº 107.

2° *Conventions éteignant les obligations du pupille.*

50. — Le tuteur devait veiller à l'exécution des obligations de son pupille et payer ses dettes. C'était même un des devoirs de sa charge, à tel point qu'il est censé toucher lui-même l'argent qui lui est dû par celui-ci (9, 5, D. 26, 7).

Le principe, tout différent de celui de la représentation, d'après lequel il est toujours permis d'améliorer le sort des tiers, même sans leur consentement, aboutit à cette conséquence que toute personne, étrangère à la dette, peut la payer à l'insu du débiteur (39, D. 3, 5. — LL. 22, 40, 53 D. 46, 3). L'obligation payée par le tuteur sera donc valablement éteinte entre le tiers créancier et le pupille; il n'en restera qu'un recours du tuteur envers le pupille. Le paiement sera censé fait par l'impubère : *Qui mandat solvi, ipse videtur solvere.* (Paul. 56, D. 46, 3).

51. — On pourrait se demander si le tuteur, qui a le droit de payer pour son pupille, peut nover par changement de créancier, de cause, etc., la dette de celui-ci. Une pareille novation obligerait-elle l'impubère? Si le tuteur emploie la voie de la stipulation, il ne peut nover qu'en son propre nom. Le résultat de cette opération, c'est que le pupille sera déchargé de son ancienne obligation, et n'en aura pas contracté de nouvelle. Si le tuteur emploie la forme du contrat *litteris*, il est probable qu'il avait capacité pour tenir le *codex* de son pupille et qu'il pouvait l'obliger par la mention

d'un versement fictif. En ce cas, l'impubère serait tenu seul et directement. Mais ce n'est pas là à proprement parler une *novation*.

3° *Conventions éteignant les créances du pupille.*

52. — Le tuteur représente son pupille pour recevoir le paiement de ses créances : *Tutori quoque si soluta sit pecunia.... proficiet ei solutio.... Cuicumque ex tutoribus fuerat solutum, etsi honorariis (nam et ad hos periculum pertinet), recte solvi.* (14, 1, D. 26, 7. — Cf. 147, eod.). Le débiteur qui a payé au tuteur est donc libéré vis-à-vis du pupille.

53. — Une conséquence résultera de cette règle, combinée avec celle de la loi 10, D. 46, 2. « *Cui recte solvitur, is etiam novare potest;* » le tuteur pourra nover la créance de son pupille si les besoins d'une bonne administration l'exigent. C'est ce que nous disent du reste les fr. 20, 1, D. 46, 2, 34, 1, D. eod. — 22, D. 26, 7: *Tutor ad utilitatem pupilli et novare et rem in judicium deducere potest.*

Mais il faut restreindre cette proposition dans les limites que nous avons déjà établies ci-dessus (n° 51). La novation n'a lieu à Rome que par le moyen de la stipulation (1). Peut on dire que le tuteur représentait le mineur dans cette opération et stipulait *nomine pupilli ?* Nous ne le pensons

(1) Accarias II, n° 692. — Gerbaut, thèse n° 228. — Gide, novation, p. 208, sqq.

pas, le tuteur ne pouvait stipuler que *proprio nomine*. Il employait un détour, il transportait la créance sur sa propre personne (1), et ensuite il faisait toutes les opérations qu'il jugeait utiles, en son nom.

54. — L'acceptilation exige, pour produire son effet extinctif, que les parties y figurent en personne. Le tuteur ne peut donc y représenter le pupille ; mais les textes nous indiquent le moyen qu'on employait pour tourner cette formalité gênante. *Tutor, curator furiosi acceptum ferre non potuit, nec procurator quidem potest facere acceptum, sed hi omnes debent novare, possunt enim et sic accepto facere. Ne his quidem accepto fieri potest, sed novatione facta poterunt liberari per acceptilationem* (13, 10, D. 46, 4).

C'est le moyen que nous venons de voir employé tout à l'heure pour faire diverses sortes de novation, et qui est bien dans l'esprit du droit et des jurisconsultes romains, habiles à se servir du formalisme lui-même pour combattre le formalisme.

55. — Il ne serait peut-être pas sans intérêt, maintenant, de jeter un regard en arrière, et de nous demander par quelle suite de vicissitudes a passé la théorie romaine de la « *negotiorum gestio* » du tuteur, par quels progrès on est arrivé au système consacré à l'époque de Justinien.

---

(1) Il peut le faire par un paiement fictif du débiteur au pupille puis il stipule de ce même débiteur « *idem debitum.* »

Nous rappellerons dès l'abord, et nous insistons sur ce point, parce qu'il est fondamental en notre matière, que le Droit romain est parti du principe que nul ne peut représenter une autre personne dans un acte extrajudiciaire ; non qu'on ne puisse agir dans l'intérêt d'un tiers, mais on ne peut substituer sa personnalité à la sienne, agir comme un autre lui-même.

Quelle que soit l'origne de cette règle, qu'on y voie, comme Ihering, l'idée qu'on ne peut séparer la cause de l'effet, ou, comme M. Fourcade (1), un débris du formalisme religieux, c'est ce principe qui a dominé tout le droit romain ; c'est l'obstacle auquel les jurisconsultes se sont heurtés, et notamment dans notre matière, contre lequel ils ont lutté constamment. Si leurs efforts n'ont pu réussir à le renverser, ce que, du reste, ils ne cherchaient point à faire, ils ont, du moins, suivant en cela une méthode à laquelle ils étaient accoutumés, cherché à le tourner, à l'accommoder aux besoins pratiques, tantôt en empruntant des moyens à d'autres institutions juridiques déjà reconnues, en combattant ainsi le formalisme par le formalisme lui-même ; tantôt en en créant eux-mêmes de nouveaux ; en s'efforçant en un mot, à faire pénétrer l'équité là où la logique semblait devoir régner en seule maîtresse !

Nous pourrons constater qu'à la suite d'un travail persévérant, d'efforts de plusieurs siècles,

---

(1) p. 17, sqq.

les Romains ont élargi la brèche faite aux vieux principes, et modifié l'institution originaire au point que, tout en conservant l'apparence et comme le squelette de la tutelle primitive, ils en ont, au fond, modifié l'organisation au point de la rendre presque semblable à la nôtre.

56. — Etudier le mode de représentation du pupille par son tuteur, c'est étudier la théorie toute entière de la représentation à Rome, car, à fort peu d'exceptions près, celle-là n'a jamais été qu'un cas particulier de celle-ci ; l'une et l'autre ont toujours suivi une marche parallèle. Nous ne voulons point ici refaire l'historique des fonctions du mandataire à Rome, et nous nous proposerons de nous attacher spécialement, et le plus brièvement possible, aux règles particulières à la tutelle (1).

57. — Il est probable qu'à l'origine on ne se départit pas pour le tuteur, de la règle qui interdit la représentation dans les contrats juridiques. En conséquence, s'il administrait dans l'intérêt de l'impubère, il le faisait comme un simple gérant d'affaires ordinaire (2) ; comme lui, il devenait le sujet actif et passif des actes passés avec les tiers, il était obligé pour en faire profiter le pupille ou

---

(1) Cf. pour la représentation à Rome dans la formation des contrats les deux études précitées de MM. Desnos et Chesneau.

(2) Nous ne parlons ici bien entendu que des relations avec les tiers. Vis-à-vis de son pupille, le tuteur a un mandat légal et des pouvoirs. Il n'a pas besoin de ratification.

s'en décharger, de les lui transférer par une nouvelle opération juridique, à laquelle les tiers contractants restaient étrangers. De là des complications et des inconvénients ou même des dangers en cas d'insolvabilité du tuteur ou de l'impubère, et l'on comprend que le premier ne fût pas très disposé à jouer, dans de pareilles conditions, le rôle d'administrateur. Nous savons qu'il lui fut imposé dans certaines circonstances (infantia et absence du pupille. Cf. 5, § 7 et 8, D. 13, 5. — 9, pr. D. 26, 7. — 13, § 10, D. 46, 4).

58. — Quand la tutelle avait pris fin, que la liquidation s'était terminée, les relations entre le tuteur et les tiers avec lesquels il avait traité dans l'intérêt de l'impubère ne cessaient point pour celà, il pouvait encore les actionner, et ceux-ci le poursuivre directement ; c'étaient là cependant des actions dont le bénéfice, comme la charge, devaient revenir au pupille. Il est bien vrai que le tuteur devait, à la fin de la tutelle, céder au pupille ses actions, ou bien lui en reporter le bénéfice, ou en réclamer le montant : procédé incomplet et dangereux qui exposait le représentant ou le représenté à la mauvaise foi ou à la mauvaise fortune de l'autre.

De bonne heure, on dut avoir recours aux palliatifs, et on songea aux moyens employés quotidiennement dans la pratique ; c'est, du reste, un des caractères de la procédure des juristes romains, de transporter à une institution les règles d'une autre. On songea donc à faire stipuler, par exemple, des esclaves du pupille sur le *jussus* du tuteur

(32, D. 41, 1) (1). Ces palliatifs étaient insuffisants et souvent même impossibles à employer.

59. — Aussi le préteur, après avoir établi les actions *institoria*, *exercitoria*, *quasi institoria et quasi exercitoria*, n'hésita-t-il pas à créer des relations directes entre le représentant et le représenté. Il n'osa créer une action nouvelle, mais il donna au pupille et contre lui, aux tiers qui avaient traité avec le tuteur et contre eux, une action *utile*, qui n'était autre que l'action du contrat employée *utiliter*. Le préteur, remarquant que le tuteur nanti de ces actions eût dû les faire passer sur la tête de son pupille, considère fictivement cette cession comme opérée (2, pr. — 9, pr. D. 26, 7. — 6 et 7, D. 26, 9. — 1 à 5, C. 5, 39).

Peu importait, d'ailleurs, que le tuteur ait ou non traité au nom du pupille (2, D. 26, 9).

Quant à l'époque où le magistrat commença à délivrer ces actions utiles, il est probable que ce fut après qu'il eût donné l'action *judicati* utile pour ou contre le représenté (nous aurons à revenir sur ce point dans le chapitre suivant).

60. — Pour les actes translatifs de droits réels, nous avons vu que le principe, admis de bonne heure, que la possession pouvait se transférer *per extraneam personam*, avait abouti à consacrer une véritable représentation dans le mode de transfert de la propriété non solennel : la tradition.

---

(1) C'est le moyen qu'on emploie pour faire promettre au tuteur « *rem pupilli salvam fore* » et l'obliger par stipulation envers son pupille, 2, D. 46, 6.

61. — Il n'en fut jamais ainsi dans la matière des contrats. Alors même que les tiers et le pupille purent s'actionner directement, par le moyen des actions prétoriennes, les tiers eurent toujours le droit de poursuivre le tuteur. Il n'est donc pas vrai de dire que sous Justinien le tuteur représente le pupille, en ce sens du moins qu'il n'est jamais complètement étranger aux obligations qu'il contracte pour le compte de ce dernier. La personne du représentant ne disparaît pas entièrement et n'est pas soustraite aux conséquences de l'acte, comme dans notre droit actuel.

Mais si le tuteur a agi comme représentant de l'impubère, en faisant connaître au tiers sa qualité, il y aurait une injustice à le tenir, envers ce tiers, au-delà de la fortune de son pupille. On décida, par mesure d'équité, qu'il ne serait pas tenu au-delà, dans le cas où il ne se serait pas engagé personnellement, et où il n'aurait pris part à l'acte que *negotii gerendi causa* (43, 1, D. 26, 7).

62. — Nous verrons aussi qu'à la fin de la tutelle le tuteur peut, sous certaines conditions, être rendu indemne de suites de sa gestion et se soustraire aux poursuites des tiers qui ont traité avec lui pour le compte de l'impubère.

Mais pendant la durée de ses fonctions, il n'est jamais considéré comme étranger aux opérations qu'il a faites avec les tiers dans l'intérêt de son administration, et ces derniers peuvent toujours le poursuivre personnellement.

63. — M. de Savigny a cependant soutenu une opinion contraire relativement aux actes non

solennels. Il s'appuie sur la loi 53, D. 41, 1 : « *Ea quæ civiliter adquiruntur per eos qui in potestate nostra sunt, veluti stipulationem; quod naturaliter adquiritur, sicuti est possessio, per quemlibet, volentibus nobis possidere, adquirimus.* » C'est là, dit-il, une règle générale où Modestin oppose les actes solennels *(civiliter)* aux actes non solennels *(naturaliter)*. Ce qui prouve bien qu'il ne s'agit pas simplement d'acquisition de droits réels, comme pourrait le faire croire l'exemple que le jurisconsulte nous donne de *naturalis acquisitio :* la possession, c'est que le premier membre de phrase, qui donne un terme de comparaison à la seconde partie de la pensée, parle de la *stipulation* qui n'est pas un mode de transfert de droits réels.

64. — Sans vouloir prolonger une discussion qui ne serait pas ici à sa place, nous déclarons que nous ne saurions admettre le système du savant romaniste. Ce serait le renversement complet des idées romaines sur la non représentation, et l'on voudrait l'établir sur l'interprétation conjecturale d'un texte, dont on est obligé de forcer le sens des mots ; alors que de nombreux fragments des jurisconsultes sont formellement contraires !

La règle générale nous est donnée au Code 1, per quas pers. nob. acq. 4, 27. *Excepta possessionis causa per liberam personam, quæ alterius juri non est subdita nihil acquiri posse, indubitati juris est.*

C'est une contradiction expresse du système de M. de Savigny, du reste, à examiner de près le

texte de Modestin, il ne veut rien dire autre. Il serait, d'ailleurs, vraiment inconcevable qu'une pareille révolution fût restée sans écho chez les interprètes du droit postérieur à Modestin (1).

65. — Voici quelle est en résumé, à la fin du droit romain, la situation du tuteur relativement aux actes extrajudiciaires.

Pendant la durée de ses fonctions, il reste investi des droits personnels et des obligations résultant des conventions passées avec les tiers pour l'impubère. C'est une première différence avec le mandataire qui est immédiatement dessaisi des actions qui naissent des actes passés dans l'exercice de son mandat, en ce sens du moins, que les tiers et le mandant ont le choix entre lui

---

(1) Cf. Ortolan, Généralisation, n° 163. — Accarias. II, n° 636. Chesneau, op. cit., n^{os} 136, sqq. Contrà. de Savigny Syst. III, § 113. — Oblig., §§ 56 et 57. — Desnos, op. cit, n^{os} 123, sqq., il donne un historique très complet de la question.

Cette opinion s'appuie aussi sur la loi 1, § 11, D. 16, 3. « Si te rogavero ut rem meam perferas ad Titium, ut is eam servet, qua actione tecum experiri possum, apud Pomponium quæritur. Et putat, *tecum mandati, cum eo vero, qui eas res receperit, depositi.* Si vero tuo nomine receperit, tu quidem mihi mandati teneris, ille tibi depositi, quam actionem mihi præstabis mandati judicio conventus. — Mais dans notre système, ce texte s'explique très bien comme une extension de l'exception admise pour la possession et la tradition. Il s'agit de contrats *re* et nous avons vu que pour ces sortes de contrats, la possibilité de transférer la propriété de la *res* par intermédiaire avait abouti à permettre la création de l'obligation *re* par représentant, parce que ce n'est pas la volonté, le concours des consentements qui oblige ici, mais la *res* (cf., n° 46).

et le représenté ou les cocontractants (1), tandis que pendant la tutelle, le tuteur exerce seul les actions du représenté ; il est seul poursuivi.

Il représente le pupille dans les actes translatifs de propriété ou de droits réels, ainsi que dans les contrats *re*.

Les actes régulièrement faits par le tuteur, même en son propre nom, concernant le patrimoine du pupille, lient celui-ci « *Tutor.... domini loco haberi debet* » Cf. 12, 1, D. 26, 7.

A la fin de la tutelle, il est dessaisi définitivement des droits et obligations envers les tiers, c'est une 2e différence avec le mandataire dont la personnalité ne disparaît jamais (2).

SECTION 2o

FONCTIONNEMENT DE LA NEGOTIORUM GESTIO DANS LES ACTES JUDICIAIRES.

66. — Les mêmes causes qui avaient fait repousser la représentation dans les contrats, à Rome, firent admettre en matière d'actes judiciaires une règle analogue à celle de la L. 11, D. 44, 7. — Gaius nous dit (IV, 82) que sous la procédure des *legis actiones*, on ne pouvait *agere alieno nomine* et la L. 123, pr., D. 50, 17 « *Nemo alieno nomine lege agere potest.* »

Plus tard on put plaider pour autrui ; le droit prétorien finit même par admettre dans certains

---

(1) Accarias, II, no 637 in fine.
(2) Accarias, I, no 145.

cas une sorte de représentation du pupille par le tuteur. Voyons à la suite de quels progrès on est arrivé à ce résultat.

67. — *Epoque des legis actiones.* — La procédure de la legis actio se compose essentiellement de formules solennelles et étroites dont on ne peut s'écarter sous peine de perdre le droit en litige. Ces formules expriment l'affirmation ou la négation d'un droit ou d'un fait personnels à l'individu qui les énonce « *Hunc ego hominem ex jure quiritium meum esse aio.* On ne comprend donc pas la représentation d'une personne par une autre dans un pareil système. Le cadre étroit de la formule, dans lequel on enferme la revendication judiciaire des droits, exclut l'intervention d'un autre que le titulaire lui-même.

Il est probable qu'au début des legis actiones, le tuteur ne pouvait prendre dans la procédure la place de son pupille ; mais cette rigueur avait des conséquences tellement dangereuses dans les cas d'infantia et d'absence de l'impubère, qu'il fallut bien admettre des tempéraments. On ne pouvait songer à se servir du procédé employé par les actes extrajudiciaires, et remplacer l'*infans* par un de ses esclaves, puisque ceux-ci ne pouvaient paraître *in jure.* Aussi les Institutes nous apprennent-elles que l'on permit d'*agere alieno nomine* : *pro populo, pro libertate,* PRO TUTELA.

68. — Les interprètes ont été longtemps indécis sur le sens de ces derniers mots : *pro tutela.* Devait-on les entendre comme signifiant que le tuteur représentait son pupille dans la legis actio ?

Une première raison de douter provenait de ce que les éditions de Gaius portaient (IV. 82) : cum olim, quo tempore legis actiones in usu fuissent, alieno nomine agere non liceret, *nisi pro populo et libertatis causa.*

Justinien avait évidemment copié le passage de Gaius, et on pensait qu'il y avait ajouté de sa propre autorité les mots *pro tutela.* Mais cette hésitation a dû disparaître depuis la revision du manuscrit de Gaius de M. Studemund, les éditions actuelles portent maintenant :.... alieno nomine agere non liceret, *prope quam exceptis causis* (1). Le texte de notre auteur n'est donc plus, à ce sujet, en contradiction avec celui des Institutes, et il est probable que Justinien a précisé les « *causæ exceptæ* » d'après des documents qu'il avait sous les yeux, ou d'après des traditions d'école.

69. — On a discuté aussi sur l'explication qu'il fallait donner de ces mots *pro tutela.*

Selon Théophile (paraphrase sur le pr. Inst. IV. 10) Justinien se référerait au cas où deux citoyens se disputent une tutelle. Celui qui succombera aura agi *alieno nomine.* (2).

A ce compte, M. Accarias (3) fait très-justement

---

(1) Cf. notamment l'édition Dubois.

(2) Itemque pro tutela : sœpe enim.... duo litigabant de eo uter tutor esse deberet : manifestun est, unum victorem fore : victus igitur inveniebatur alieno nomine egisse, id est de tutela litigasse, quæ ad ipsum non pertinebat, ut exitus litis docuit.

(3) Accarias. II. nº 930, p. 1299, note 2.

remarquer que dans tous les procès le perdant aurait agi *alieno nomine*.

Zimmern y voit le remplacement du tuteur ordinaire par un *prætorius tutor* (Gaius I. 184). Mais rien n'indique, devant les termes généraux employés par les Institutes, que ce soit là le cas unique de représentation.

D'après M. Accarias (loc. cit) Justinien a pu vouloir parler du *crimen suspecti tutoris*. Une loi 20, pr. D. 49, 1, nous dit en effet : qui suspectum tutorem facit, et qui de non recipienda tutela excusationem agitat, *alieno nomine agere intelligendus est*. Mais M. Accarias reconnaît lui-même, et nous partageons en cela son opinion, qu'il s'agit dans le pr. Instit. IV. 10, du cas où le tuteur agit en personne au lieu d'autoriser le pupille infans (1).

C'est le sens naturel de la phrase qui conduit à cette explication, et l'on ne voit pas pourquoi on le restreindrait arbitrairement, surtout si l'on songe que les nécessités pratiques imposaient aux Romains cette exception aux vieux principes. Le pupille *infans*, incapable matériellement d'*agere*, était exposé à une foule de dangers, ses biens pouvaient être usucapés, ses actions prescrites, etc. Il fallait pourvoir à cette situation. Dès lors, rien de plus naturel que de songer à faire agir pour lui le protecteur tout trouvé qui a précisément pour mission de conserver et d'administrer son patrimoine. Un pareil procédé n'avait, du reste, rien d'excessif ni d'anormal, puisqu'il était employé

(1) Cf. en ce sens. Keller, § 54.

pour d'autres incapables : *pro populo*, et dans l'action *pro libertatis causa* ; ainsi que dans l'action *furti*, dans le cas de la loi Hostilia (il s'agit d'un vol commis au préjudice d'un absent reipublicœ causa).

70. — Dans notre opinion on se pose une autre question. Dans quelle forme le tuteur prononçait-il la formule de la legis actio ? Un auteur allemand (1) pense que le tuteur disait : *Aio hanc rem Titii esse ex jure Quiritium*, non pas *rem meam esse ;* puis au moment de la *provocatio ad sacramentum*, il la faisait en son nom et disait : *te provoco ad sacramentum.*

On a donné aussi d'autres explications. D'après M. Karlowa, (2) le tuteur devait agir *suo nomine* absolument comme s'il était le véritable *dominus litis*. Il affirme un droit sur la chose : *Aio hanc rem esse meam* ; mais le juge, prévenu, ni les parties ne sont dupes de cette fiction. Le tuteur n'aura droit personnellement qu'au montant du *sacramentum* tant qu'il fut d'habitude de l'attribuer aux parties, mais le droit véritable, celui qui donne lieu à un *arbitrium litis æstimandæ* reviendra en définitive au pupille.

Ces systèmes s'appuient l'un et l'autre sur des considérations très sérieuses ; mais ils ont le défaut commun de n'être que de pures conjectures. Dans

---

(1) M. Eisele *Cognitur und procuratur*, Cf. M. Missol p. 37.

(2) Rœmische civil process. zur zeit legis actio. — Cf. Missol en ce sens, loc. cit.

l'état actuel de la science, nous croyons qu'il est impossible de se prononcer avec quelque certitude pour l'un ou pour l'autre. Il ne s'agit, du reste, que d'un point secondaire.

71. — *Période de la procédure formulaire.* — Sous les *legis actiones*, alors même que le tuteur pouvait *agere pro tutela*, il ne représentait pas complètement son pupille, c'est-à-dire que le résultat final du procès était d'attribuer au représentant le droit déduit en justice, sauf compte à rendre plus tard au représenté.

Jamais le droit romain ne se départit absolument de cette idée ; le tracé rapide que nous allons faire du mécanisme de la représentation judiciaire sous la procédure formulaire nous en montrera la raison.

72. — A l'époque classique on pouvait se faire substituer en justice par un *cognitor* ou un *procurator ;* le premier est constitué solennellement et accrédité auprès de l'adversaire par le *dominus litis ;* le second est un mandataire constitué hors la présence et sans la volonté ni le concours de l'autre partie au procès ; ce peut être même un gérant d'affaires (Gaius IV, 84).

Le résultat pratique de ces différences, c'est que le cognitor épuise dans le procès le droit à l'action qu'a le *dominus*, tandis que le procurator ne l'épuise que si le *dominus* ratifie postérieurement le résultat du procès ; aussi ce dernier doit-il fournir la *cautio rem ratam dominum habiturum*, tandis que le cognitor ne le doit pas. Au demeurant, l'un et l'autre sont des représentants im-

parfaits, en ce sens, qu'après la *litis contestatio* ils acquièrent le *dominium litis*, la *condemnatio* est prononcée à leur profit ou contre eux (sans préjudice de la question de savoir à qui et contre qui sera donnée l'action *judicati*).

73. — Ces principes brièvement rappelés, demandons-nous à quelle classe de représentants judiciaires appartient le tuteur.

Certains interprètes du droit romain ont cru, sur la foi de quelques textes épars dans les ouvrages des jurisconsultes et des grammairiens, que le caractère essentiel du *procurator* était d'être chargé, comme mandataire ou comme gérant d'affaires, de l'administration *générale* de l'ensemble ou d'une partie d'un patrimoine (1).

Dans ce système, il serait naturel de rapprocher du *procurator* le tuteur qui, lui aussi, est un administrateur général de l'ensemble d'un patrimoine. Mais cette théorie, que nous n'avons pas à combattre ici, nous semble bien conjecturale. Il nous paraît plus conforme à la réalité de considérer *l'administration générale du patrimoine* comme un cas particulier d'application des règles de la *procuratio*, que de voir dans cette dernière institution, une copie restreinte de la première !

---

(1) Cf. Missol., op. cit., page 43. — Schlossmann. Der Besitzwerb durch Dritte nach rômischen und heutigen rechte, Leipsig 1881. — Fourcade, loc. cit. p. 27 sqq. — D'après M. Schlossmann le procurator serait une sorte d'intendant, de factotum, à la fois mandataire général, administrateur et gérant d'affaires.

74. — Quoi qu'il en soit, il est certain que le tuteur ressemble à l'un et à l'autre représentant.

1° Comme le cognitor, il a un mandat connu officiellement de son adversaire au procès. Dès qu'il se présente en sa qualité de tuteur et qu'il en a justifié, on sait exactement quelle est la limite de ses pouvoirs. Il a le droit *d'agere* pour son pupille, même contre le gré des tiers ; en revanche, la décision prononcée sera définitive et elle sera opposable à l'impubère, de même que celui-ci pourra s'en prévaloir.

2° Il ressemble au *procurator* en ce que, comme celui-ci, au lieu de suivre simplement la procédure, ainsi que le *cognitor*, il peut administrer de la façon la plus large, qu'il a un pouvoir d'action beaucoup plus étendu, grâce auquel il peut se mouvoir plus librement dans les diverses phases du procès.

3° De même que le *cognitor* et le *procurator*, c'est un représentant imparfait.

Nous allons reprendre successivement ces trois points, afin de mieux préciser les fonctions du tuteur dans les actes judiciaires.

75. — *Comparaison du tuteur et du cognitor.* — Quand nous disons que le tuteur a un mandat et des pouvoirs analogues à ceux du *cognitor*, nous nous plaçons à la fin de la période classique. La vérité est que le tuteur fut bien plutôt assimilé d'abord à un *procurator* et, au même titre, assujetti à fournir caution à son adversaire au seuil de l'instance. *Tutores et curatores eo modo quo et procuratores, satisdare debere verba edicti fa-*

ciunt ; *sed aliquando illis satis datio remittitur.* (Gaius IV, 99. — Cf. IV, 98).

On supposait donc, dans le principe, que la chose jugée contre le tuteur ne liait pas le pupille. Il y a, en effet, une relation intime à Rome, entre le pouvoir de représenter (1) le *dominus litis* et la dispense de donner caution « *rem ratam dominum habiturum* (2). Il est vrai que le tuteur avait un moyen indirect de forcer le pupille à reconnaître le résultat des actions par lui intentées ; car, s'il était poursuivi par l'autre partie au procès, en vertu de la *cautio de rato*, il pouvait se retourner contre l'ex-pupille au moyen de l'action *tutelæ contraria*. Ce n'en était pas moins dangereux pour lui si le pupille était insolvable ; aussi finit-on par se débarrasser d'un formalisme étroit et sans résultat pratique, et Ulpien nous dit que : *Vulgo observatur, ne tutor caveat rem ratam dominum habi-*

---

(1) Nous entendons par là non pas une représentation parfaite, mais la représentation incomplète qui fut seule connue des Romains, et dont nous allons déterminer le caractère relativement au tuteur.

(2) Il pouvait arriver que l'adversaire du *tutor* fût exposé à des pertes par suite du défaut de ratification postérieure par le pupille. S'il était *demandeur*, il avait perdu par l'effet extinctif de la *litis contestatio*, le droit de recommencer l'action contre le pupille. Si celui-ci ne ratifiait pas l'issue du procès, il n'avait donc de recours que contre le *tutor* par *l'actio judicati*, et contre la caution par l'action *ex stipulatu*. S'il avait été *défendeur*, au contraire, le pupille, en ne ratifiant pas, n'avait pas son droit déduit en justice. Il pouvait recommencer à nouveau le procès. Le défendeur originaire n'avait comme ressource que de recourir contre le tuteur et ses cautions.

turum, quia rem in judicium deducit (23, D. 26, 7) Cf. (Paul. 22, D. eod) *Tutor ad utilitatem pupilli novare et rem in judicium deducere potest.* Dès lors le tuteur acquiert le caractère le plus important et le plus original du curator : le droit de *deducere jus in judicium.*

76. — A un autre point de vue encore, on compléta l'analogie. A l'origine, par suite du jeu régulier de la procédure, le tuteur devenait le *dominus litis* à partir du moment de la *litis contestatio,* c'est à lui qu'était accordée l'action *judicati,* à une époque cependant où on l'accordait déjà, sans doute sous forme d'action utile, au mandant d'un *cognitor* (Fr. Vatic. § 317). Mais lorsqu'on eut admis que le tuteur *rem pupilli in judicium deducere potest,* on dut admettre qu'à la fin de la tutelle l'action *judicati* devait appartenir au pupille. Le tuteur était tenu à ce moment de lui céder cette action, on supposa fictivement que cette cession était toujours faite. (5, Dig., 26, 9 — 2, D. 26, 7 — 4, § 1, D. 42, 1 — 1, cod. 5, 39).

Il faut même aller plus loin, et lorsque le tuteur avait été forcé d'agir par lui même à cause de l'infantia ou de l'absence du pupille, le transport de l'action *judicati* au pupille et contre lui s'opère même pendant la tutelle (1) (2, D. 26, 7 — 6 et 7, D. 26, 9).

77. — *Comparaison avec le procurator.* — Nous venons de voir déjà par quels points, au début du

(1) Desnos, p. 48. — Accarias, nº 933. — De Keller, p. 239.

droit classique, le tuteur ressemblait au *procurator* (1). Ce dernier a, vis-à-vis des tiers du moins, un pouvoir d'action plus étendu que le *cognitor*. Cela tient à ce que toutes les parties au procès étant parties au mandat, solennellement conféré en justice au *cognitor*, aucune ne peut en excéder les limites ; tandis que lorsque le *procurator* agit, son adversaire, qui n'est pas lié par le mandat que celui-ci a reçu, peut passer avec lui toutes sortes d'actes, qui seront valables entr'eux et garantis par la cautio *ratam rem dominum habiturum*. Entre le procurator et le dominus, ces actes seront valables s'ils ont été accomplis conformément aux règles du mandat ou d'une sage administration.

Il en sera de même pour le tuteur. Ainsi le *curator* ne peut transiger (13, D. 2, 14.), le tuteur le peut (46, 7, D. 26, 7) si c'est utile à l'administration (Cf. 11, Code 5, 37).

78. — *Le tuteur n'est qu'un représentant imparfait.* — Nous avons déjà eu occasion de remarquer que le tuteur n'est pas un véritable représentant, au sens que nous attachons aujourd'hui à ce mot. Ce caractère de sa fonction se manifeste extérieurement dans la procédure. Tandis que l'*intentio* est rédigée au nom du *dominus litis* : le pupille, la *condamnatio* est rédigée au nom du tuteur. Ce n'est qu'à la suite d'atteintes succes-

---

(1) Comp. de Keller, § 53, p. 239. — Bonjean, II, p. 483. — V. aussi Missol, p. 67.

sives portées aux vieux principes, par la voie détournée des actions données *utiliter*, que le préteur est arrivé à consacrer une sorte de représentation incomplète : en accordant l'action *judicati* pour et contre le pupille, en déclarant que le tuteur *deducit in judicium rem pupilli*, etc., etc.; mais sous cette enveloppe de novations lentement introduites, le vieux principe de la non représentation subsiste encore vivace, et, s'il est vrai de dire, en pratique, que le tuteur représente l'impubère en justice, il serait inexact de prétendre qu'une nouvelle théorie d'ensemble se soit substituée de toutes pièces à l'ancienne.

79. — PROCÉDURE EXTRAORDINAIRE. — Une loi 7, Cod. Théod. II, 12, déclare que l'action *judicati*, quand le procès aura été suivi par un procurator, sera donnée « *sine ulla cunctatione in dominum vel domino.* » Cela semble bien indiquer une représentation réelle, si l'on songe, en outre, qu'à ce moment la *litis contestatio* ne paraît plus devoir être une source de modifications du droit litigieux. Il n'y a plus acceptation de la formule, par conséquent, pas de contrat judiciaire entre les parties (1).

Néanmoins la loi 1, Cod. 2, 13, en maintenant la *cautio ratihabitionis*, prouve qu'à ce moment encore on craint un retour offensif du dominus litis. Dans ces conditions, et devant le silence des textes, il serait téméraire d'affirmer qu'une pa-

---

(1) Cf. Missol, p. 130, sqq.

reille révolution se soit opérée dans les principes juridiques, et que la représentation, telle que nous la connaissons aujourd'hui, ait pu s'implanter sur un sol qui lui était aussi défavorable.

CHAPITRE V

LIQUIDATION DE LA NEGOTIORUM GESTIO A LA FIN DE LA TUTELLE. — RECOURS DU PUPILLE ENVERS SON TUTEUR. — CONTRE LES TIERS.

80. — Notre plan nous bornant à l'étude de la *negotiorum gestio*, nous n'aurons ici qu'à rechercher quelle place occupent, dans la reddition du compte de tutelle, les actes passés dans cette forme, quelle responsabilité encourt le tuteur à leur égard, quelles voies de recours ils laissent au pupille soit contre son tuteur, soit contre les tiers avec qui il a traité. En d'autres termes, nous devrons nous proposer l'étude des actions qui naissent à l'occasion de la *negotiorum gestio* du tuteur à la fin de la tutelle.

La *tutelæ gestio* finit normalement en même temps que la tutelle ; mais il peut y avoir des actes de gestion à terminer, qui exigeront encore l'intervention de celui qui les a entrepris ; le tuteur devra continuer à s'en occuper et les mener à bonne fin, même après que le pupille sera devenu pubère; il agira encore en qualité de tuteur et sera traité comme tel, notamment il aura l'action *tutelæ contraria* (1) (37, 1, D. 26, 7, 13, D. 27, 3).

(1) Cf Accarias, I, n° 161. En dehors de ce cas, il serait traité comme un simple gérant d'affaires.

81. — *Recours du pupille envers son tuteur negotiorum gestor.* — Le pupille a, pour obtenir satisfaction à la fin de la tutelle, plusieurs moyens: L'action *tutelæ directa*, l'action *de rationibus distrahendis* à l'occasion des objets détournés par le tuteur ; une action *ex stipulatu* contre le tuteur qui a promis *rem pupilli salvam fore* et ses fidejusseurs ; une action subsidiaire contre les magistrats qui ont accepté des cautions insolvables. — Ajoutez à cela le *privilegium* qui le place avant les créanciers chirographaires (22 et 25, D. 27, 3), qui fut remplacé plus tard par une hypothèque tacite sur tous les biens du tuteur, et datant du jour de l'ouverture de la tutelle (20, Code 5, 37). A l'exception de l'action *tutelæ directa*, tous ces procédés ne touchant que fort indirectement à notre matière, nous nous contenterons de les rappeler ici pour mémoire.

82. — Par l'action *tutelæ directa*, de même que le mandant par l'action *mandati directa*, le pupille demande au tuteur le reddition de ses comptes (1). Ce dernier est tenu *quasi ex contractu* de lui restituer tout ce qu'il a acquis, *proprio nomine* par suite de sa gestion (Inst. III, 27, § 2) ; il le fera en lui mancipant ou en lui tradant la propriété des biens ainsi acquis, en lui cédant les actions si elles ne sont pas déjà fictivement passées sur sa tête, etc., etc. Mais il ne sera pas tenu de lui rendre

---

(1) La curatelle ne donne naissance qu'aux actions *negotiorum gestorum* données *utiliter* (nº 32).

compte des bénéfices qu'il aurait pu réaliser en employant à son usage, par exemple dans son commerce, les deniers de son patrimoine (47,6, D. 26, 7). Il lui en paiera seulement les intérêts. C'est assez juste puisque ces bénéfices représentent le travail du tuteur et les risques qu'il a supportés.

83. — Le tuteur sera rendu responsable, dans certaines circonstances, des actes de son administration qui auront nui au pupille.

Quand il aura excédé ses pouvoirs, il n'y a pas de doute que sa responsabilité ne soit engagée. Il a commis une faute dont il doit réparation, si elle a causé un préjudice (1).

De même si le tuteur a agi par dol, fraude ou mauvaise foi dans son administration, soit à l'égard de son pupille, soit à l'égard des tiers.

A l'égard de son pupille : il y a, en pareil cas, un manquement grave à ses devoirs, qui peut être puni, non seulement d'une responsabilité pécuniaire, mais d'un châtiment public : le *crimen suspecti tutoris*, entraînant contre le coupable des déchéances civiles et morales et des pénalités sévères (Dig, XXVI. 10). (2).

Envers les tiers : *Dolus tutorum puero neque nocere neque prodesse debet*, (3, § 5, D. 26, 10. — 3, D. 26, 9. — 198, D. 50, 17).

---

(1) Le pupille peut même avoir à sa disposition, dans certaines hypothèses particulières, des actions spéciales comme l'action de *rationibus distrahendis* (1, § 24, D. 27, 3, et 2, § 2, eod).

(2) V. Accarias, I. 160.

Si le tuteur a ainsi contracté une obligation, il en sera seul tenu ; le pupille seulement pour ce dont il s'est enrichi (13, 7, D. 19. 1).

Si le tuteur a acquis une créance, le pupille, qui exercera l'action contre le débiteur et qui se verra opposer l'exception de dol, recourra pour le reste contre le tuteur (4, § 23, D. 44. 4).

84. — Si le tuteur, tout en agissant de bonne foi et dans la limite de ses pouvoirs, a compromis les intérêts de son pupille, celui-ci n'aura de recours contre lui que s'il a commis une faute.

La charge de la tutelle étant gratuite, il est probable qu'à l'origine on exigeait qu'il y eût une faute grave ; mais on finit par se montrer plus sévère vis-à-vis du tuteur quand on vit dans la tutelle une institution de faveur pour l'incapable.

Callistrate nous dit que le tuteur doit gérer comme un *paterfamilias : A tutoribus pupillorum eadem diligentia exigenda est circa administrationem pupillarium rerum quam paterfamilias rebus suis ex bona fide præbere debet* (33, D. 26, 7, Cf, 20, C. 2, 19). Il répondrait donc de sa *culpa levis in abstracto* ; mais on trouve sur ce point des contradictions dans les textes, et il est probable que la question était controversée (1 pr. D. 27, 3). Ulpien apprécie dans cette loi la faute du tuteur d'après le soin qu'il apporte à ses propres affaires (contrà 10, D. 26, 7, — 23, D. 50, 17). (1).

---

(1) Il est à remarquer que la même incertitude règne à propos du mandat (8, § 10. — 10, pr. — 29, pr. D. 17, 1. — Ulp. I. § 12, D. 16, 3. — 23, D. 50, 17).

Ce fut le système de la *culpa levis in abstracto* qui finit par prévaloir, car il répondait mieux aux aspirations des jurisconsultes qui tenaient à renforcer les garanties du mineur. (1).

C'est ainsi que le tuteur devra compte au pupille des sommes qu'il a négligé de toucher des débiteurs devenus depuis insolvables (39, § 16, D. 26, 7), de même que s'il a fait un mauvais placement (7, § 2, D. eod). Nous savons également que le tuteur répond de son inaction, et qu'il est obligé de gérer (1, pr. D. 26, 7).

Mais l'action *tutelæ* est de bonne foi. Le pupille devra tenir compte des sommes qu'il doit à son tuteur (Inst. IV. 6, § 28). Cf. (Gaius IV. 62).

85. — *Recours du pupille contre les tiers à l'occasion des actes de la tutelæ gestio.* — Les droits accordés au pupille contre son tuteur n'étaient pas toujours des garanties suffisantes, aussi lui accorda-t-on, dans quelques cas, un recours contre les tiers qui avaient passé des actes avec son représentant.

Si l'acte avait été irrégulièrement passé, c'était par exemple une aliénation d'immeubles *sine decreto*, ou une donation, une acceptilation, il était réputé inexistant au regard du pupille, qui avait le droit de revendiquer sa chose, ou de poursuivre son débiteur (22, D. 26, 7. — 2, D. 26, 8 — 3, 13, D. 26, 10).

86. — L'acte est régulièrement fait, mais il porte atteinte aux intérêts du pupille.

---

(1) Accarias. nº 150.

On peut dire, jusqu'à un certain point, qu'il ne rentre pas dans les limites du pouvoir du tuteur, car celui-ci ne peut agir, et ne peut obliger l'incapable que par des opérations « *ad providentiam pupilli* » (27, D. 26, 7), ou « *ad utilitatem pupilli* » (22, D. 26, 7).

Si on eût appliqué à la lettre cette idée, chaque fois qu'un acte du tuteur aurait été nuisible ou défavorable pour le pupille, on l'aurait annulé à son égard. On aurait entravé la gestion de ses biens et ruiné son crédit, personne ne voulant plus traiter dans des conditions trop aléatoires (1). Il semble cependant qu'il en ait été ainsi jusqu'à un rescrit de Trajan et d'Adrien, qui décide que les actes d'administration passés de bonne foi par le tuteur seraient opposables au pupille (12, 1, D. 26, 7).

87. — *Restitutio in integrum.* — Dans cette dernière hypothèse, l'impubère n'était cependant pas dépourvu de tout recours. Si l'acte nuisait trop gravement à son patrimoine, les Romains avaient cru devoir lui ménager encore une dernière garantie, et lui avaient accordé une mesure de protection extraordinaire : la *restitutio in integrum.*

Le préteur, qui avait imaginé cet *ultimum remedium*, n'avait visé dans l'Edit spécialement que les mineurs de 25 ans ; mais on y comprit sans difficulté les impubères (29, pr. — 47, pr. D. 4, 4, cbn, 1, § 1, D. eod).

---

(1) Cf. Accarias, nº 150, note 1.

88. — On ne l'accordait qu'à des conditions assez rigoureuses. Il fallait que le mineur ait éprouvé une *lésion ;* qu'il n'y ait aucune autre voie juridique pouvant indemniser du préjudice causé (36. D. eod) ; c'est ainsi qu'on la refusera à celui qui a une action contre son tuteur, les fidéjusseurs ou les magistrats municipaux, et que ceux-ci soient solvables (13, § 11, C. 3. 1).

On accordait quelquefois la *restitutio in integrum* au pupille, alors cependant que son tuteur était solvable, si cela lui était plus favorable ; si, par exemple, le tuteur ayant fait à tort une aliénation, il était plus avantageux de reprendre le bien que de réclamer une indemnité pécuniaire (3 et 5, C. 2, 25).

89. — Le délai dans lequel l'*in integrum restitutio* devait être demandée était d'une année utile. Justinien le réduisit à quatre années continues (7, C. 2, 53).

Remarquons, en outre, que la *restitutio in integrum* n'était pas accordée de plein droit, alors même que toutes les conditions exigées par l'Edit étaient réunies. Le magistrat conservait un pouvoir discrétionnaire dont il usait très largement, dans l'intérêt même de ceux qu'il s'agissait de protéger (24, 1, D. 4, 4, Cf. 9, pr. et 49 D. eod.).

Quant à ses effets, ils consistaient à remettre les parties dans la même situation qu'avant l'acte rescindé. Spécialement le mineur ne devait pas s'enrichir ni s'appauvrir ; il restituait ce dont il avait profité.

90. — L'acte est valable, fait de bonne foi, dans

la limite des pouvoirs du tuteur, et ne présente pas les conditions nécessaires pour l'*in integrum restitutio*, on ne peut reprocher aucune faute, aucune négligence à l'administrateur.

Dans ce cas, on a fini par admettre qu'à la fin de la tutelle, le tuteur disparaîtrait entre le tiers et le pupille. Nous l'avons déjà vu pour l'action *judicati*. Quant aux actes extrajudiciaires, c'était la conséquence des principes admis pour le mandat (nos 61, sq.) : « le tiers créancier n'a le droit de poursuivre que le mandant quand le mandataire s'est renfermé dans les limites de son mandat et a nommé son principal aux tiers : sous ces conditions, le mandant ne saurait se plaindre d'avoir à répondre à l'action du tiers, ni celui-ci d'avoir exclusivement le mandant pour débiteur. De cette manière ce sera le tiers qui supportera l'insolvabilité du mandant (1) » (6, § 1. D. 3, 5. — 20, D. 14, 3. — 4, C. 4, 26. — 1 et 2, C. 8, 46. — 67, D. 3, 3).

Il fut donc admis qu'à la fin de la tutelle et lorsque des dettes ou des créances relatives au pupille restaient fixées sur la tête du tuteur, on lui refuserait les actions, ainsi que contre lui, et qu'on les accorderait au pupille et contre lui comme s'il avait été dès l'origine créancier ou débiteur (2, pr. 9, pr. D. 26, 7. — 26, Code 5, 37. — LL. 2, 5 à 8, D. 26, 9. — 1 à 4, C. 5, 39. — 26, D. 12, 1. — 5, § 9, D. 13, 5) (2).

(1) Van Wetter, § 242. — Cf. hoc sensu Maynz II. § 307.

(2) « Nam tutores finito officio non esse conveniendos ea administratione pupillorum, sæpe decretum est. » 1, Cod. 5, 39. — Cf. Savigny, § 55.

Ce n'est pas une représentation parfaite puisque, pendant la tutelle, le tuteur peut toujours être poursuivi pour les obligations contractées en sa qualité (1, pr. D. 45. 1).

91. — Il est à remarquer que la plupart des textes visent l'hypothèse particulièrement favorable où le tuteur a été obligé d'agir par lui-même, par suite de l'infantia ou de l'absence de son pupille. C'est probablement dans ces cas seulement qu'on déchargea primitivement le tuteur ; mais par exception, et contrairement aux principes du droit civil. On étendit ensuite la mesure à toutes les obligations résultant de la *negotiorum gestio* du tuteur, qu'il ait ou non agi par une *necessitas officii*. On retrouve néanmoins des traces de cette période de transition sous beaucoup de textes du Digeste (Cf. 11, § 6, D. 13, 7. — 5, C. 5, 39).

92. — Mais pour que le résultat s'opère, il faut :

1° Que le tuteur ait agi dans la limite de ses pouvoirs et qu'il puisse, à raison de son obligation, avoir droit à un recours contre le pupille dans les termes de la loi 6, D. 27, 4.

Ainsi il n'en serait pas de même pour les actes contraires à une bonne administration, par ex. faits *donandi causa* (22, D. 26, 7) Cf, 1, §§ 1 et 2, D. 27 3) ou résultant d'un dol du tuteur (15, pr. D. 4, 3. — 3, D. 26, 9. — 13, § 7, D. 19, 1).

2° Le tuteur doit avoir fait connaître au tiers qu'il agissait en sa qualité de tuteur (5, § 1, D. 26, 9). Ce n'est point là une opinion contradictoire avec celle que nous avons admise relativement au transfert des droits réels (n° 38). Peu importe en

cette matière de qui provient un droit réel ou à qui on le transmet, pourvu que le transfert s'opère intégralement. En matière de droits personnels, il y a un grand intérêt pour le débiteur à savoir qui sera son créancier, et surtout pour le créancier à savoir qui sera son débiteur.

93. — *Recours du tuteur contre son pupille. — Action tutelæ contraria.* — Il peut arriver qu'après avoir rendu ses comptes le tuteur se trouve, par suite de sa *negotiorum gestio*, créancier du pupille. Ce dernier doit l'indemniser des frais de sa gestion. Et cependant, tandis que l'action *tutelæ directa* semble aussi ancienne que la tutelle, on refusa, pendant longtemps, toute voie de recours au tuteur après la reddition de compte; il ne pouvait que déduire ses dépenses de l'actif du patrimoine pupillaire. Nous avons vu comment on finit, dans l'intérêt même des impubères, par accorder l'action *tutelæ contraria* à l'exemple de l'action *mandati contraria*. Cicéron (in Verr. I, 41) nous montre déjà les tuteurs nantis de cette action (Cf. Cic. de off. III, 17) (1, pr. D. 27, 4).

L'action *tutelæ directa* étant de bonne foi, le juge pouvait tenir compte des réclamations du tuteur et diminuer d'autant la condamnation demandée par le pupille ; mais cette considération n'ôte pas tout intérêt à l'action *tutelæ contraria*. Elle sera nécessaire toute les fois que la somme réclamée par le tuteur sera supérieure à celle réclamée par le pupille : Quod autem contrario judicio consequi quisque potest, id etiam recto judicio, quo cum eo agitur, potest salvum habere

jure pensationis. Sed fieri potest, ut amplius esset, quod invicem aliquem consequi oporteat, aut judex pensationis rationem non habeat, aut ideo de restituenda re cum eo non agatur, quia ea res casu intercidit, aut sine judice restituta est ; dicemus necessariam esse contrariam actionem (18, § 4, D. 13, 6).

Enfin, un caractère commun aux actions *tutelæ*, *directa* et *contraria* et aux actions *mandati*, *negotiorum gestorum*, c'est l'unité de l'obligation, malgré la pluralité apparente des causes. Comme le fait remarquer Ihering, on poursuit par cette action le résultat de tous les actes de l'administration du tuteur, quels qu'ils soient. « Les demandes isolées qui en sont la suite ne constituent donc point des créances spéciales, ce ne sont que des *postes* isolés de l'action *tutelæ*, que la formule de l'action réunissait sous cette désignation : *quidquid ob eam rem dare facere oportet*, et que le juge avait à apprécier au seul point de vue du mandat et de la tutelle. (1) ».

Le tuteur peut réclamer par ce moyen tous les frais occasionnés par sa gestion, bien entendu s'il n'a pas de faute à se reprocher. Il y fera rentrer aussi bien les dépenses faites pour l'éducation du pupille, que celles relatives à l'administration de ses biens (2, pr. D. 27, 2. — 1, 8, D. 27, 3. — 6, D. 27, 4 — 3, § 7, D. eod.), on lui permet même de réclamer les dépenses qui étaient utiles au

(1) Ihering, op. cit. IV, p. 41.

moment où elles ont été faites, mais qu'un événement postérieur et fortuit a rendues superflues (3, § 7, D. 27, 4) et celles qui dépassent la fortune du pupille si elles ont été exigées par l'utilité de l'administration (3, pr. D. eod).

Il pourra aussi exiger l'intérêt des sommes qu'il a payées pour le pupille à partir du jour où il les aura déboursées (3, § 4, D. 27, 4).

APPENDICE

DE LA NEGOTIORUM GESTIO DE PLUSIEURS TUTEURS

94. — Il n'était pas rare, en droit romain, de voir la tutelle confiée à plusieurs tuteurs. La tutelle, par exemple, était légitime, et il se trouvait plusieurs agnats du même degré, ou bien c'était le père de l'impubère qui avait nommé des cotuteurs testamentaires à son fils. Le même droit était reconnu au magistrat, après enquête (Inst. 1, 24, § 1).

La pluralité d'administrateurs donnait un caractère spécial à la *negotiorum gestio* du patrimoine suivant qu'elle était confiée : 1° A un seul des tuteurs. — 2° A tous les tuteurs divisément. — 3° A tous les tuteurs indivisément.

95. — *Un seul des tuteurs gère.* — Il a tous les pouvoirs du tuteur unique ; mais pour cela, il faut qu'il ait été désigné par le testateur, ou par la majorité des cotuteurs, ou s'ils ne s'entendent pas, par le préteur lui-même. Dans tous ces cas, il faut l'intervention et l'approbation du magistrat (3, §§ 1, 3 et 6, et loi 7, D. 26, 7) ; on s'efforcera toujours, autant que possible, de ne confier l'administration qu'à un seul pour en assurer

l'unité ; mais si les tuteurs n'ont pas confiance dans celui que le magistrat a nommé, ils auront le droit d'exiger que la tutelle soit gérée par tous (3, § 8, D. eod.).

96. — Les tuteurs dispensés de la gestion (*tutores honorarii*) sont déchargés de tous les détails ; ils n'ont pas le pouvoir d'administrer, et n'encourent plus qu'une sorte de responsabilité subsidiaire. Tenus de surveiller et de contrôler les actes du tuteur en exercice, ils ont le droit de lui demander souvent des comptes, ils doivent le faire déposer s'il malverse ou s'il se montre incapable, et leur négligence dans l'accomplissement de ce mandat pourrait donner lieu à un recours du pupille contre eux, mais seulement après discussion des biens du tuteur principal (*tutor onerarius*). *Dati sunt enim quasi observatores actus (tutoris) et custodes, imputabiturque iis quandoque, cur, si male eum conversari videbunt, suspectum eum non fecerunt* (3, 2, D. 26, 7).

Il faut observer que si les tuteurs nomment entr'eux, et sans l'intervention du magistrat, celui qui doit s'occuper de la gestion, ce choix n'influe en rien sur leur responsabilité et sur leurs pouvoirs. On rentre dans l'hypothèse où les tuteurs gèrent tous ensemble (2, Code 5, 52. — 55, 2, D. 26, 7).

97. — *La gestion est divisée entre les tuteurs.* — Cette division peut avoir lieu de deux façons ; ou bien l'administration est scindée suivant certaines catégories de bien, *in partes*. (L'un des tuteurs s'occupant des créances, l'autre des pro-

priétés, etc.), ou d'après les localités, *in regiones* (un tuteur administre les biens situés à Rome, l'autre ceux de telle ou telle province) (3, § 9. — 4, D. 26, 7).

98. — La responsabilité spéciale de chaque tuteur est limitée à la part de gestion qui lui revient. On considère tous les tuteurs comme *honorarii* pour les biens dont ils n'ont pas l'administration; ils doivent donc exercer une surveillance réciproque sur la gestion de chacun d'eux et pourraient être exposés à une responsabilité subsidiaire s'ils avaient laissé passer des malversations ou de lourdes fautes: *In divisionem autem administratione deducta, unumquemque pro sua administratione convenire potest, periculum invicem tutoribus seu curatoribus non sustinentibus, nisi per dolum aut culpam suspectum non removerunt, vel tarde suspicionis rationem moverunt...* (2, Cod. 5, 52).

Ce n'est en somme qu'une responsabilité de droit commun, ils ont mandat d'administrer et mandat de surveiller, s'ils ne le font pas ou le font mal, ils commettent une faute dont ils doivent réparer les conséquences!

99. — *L'Administrtion reste indivise entre les tuteurs.* — Chaque tuteur a le pouvoir de faire tous les actes d'administration comme s'il était seul tuteur; ils auront même valeur. L'acte passé par un *tutor honorarius* relativement aux biens du pupille n'aurait d'autre valeur que celle d'un acte passé par un gérant d'affaires ; mais le *tutor onerarius* pourrait se l'approprier en le ratifiant au

cours de ses fonctions (3, D. 26, 7, Cf. pour les curateurs 7, § 3. D. 27, 10).

100. — En ce qui concerne leur responsabilité, les cotuteurs sont, dans notre hypothèse, tenus solidairement vis-à-vis du pupille (18-1, D. 26, 7. — Cf. 55 pr. eod.) (1). Le pupille peut n'en poursuivre qu'un seul pour le tout, sauf son recours. On finit cependant par leur accorder le bénéfice de division comme à des cofidéjusseurs: *si non omnes solvendo sint, inter eos qui solvendo sunt dividitur actio, sed, pro ut quisque solvendo est poterunt conveniri* (1, 12, D. 27, 3, Cf. les §§ 10 et 11). Ils jouissaient aussi de bénéfice de cession d'actions (1, §§ 10 à 14 et § 18, D. 27. 3).

S'il y avait une poursuite pour dol contre un seul des tuteurs, alors même que le dol eût été commis par tous, on lui refusait tout recours contre ses cotuteurs. C'était une solution injuste puisqu'elle aboutissait à enrichir ces derniers pour un dol dont ils étaient les coauteurs ! (1, § 14, D. 27, 3).

101. — On se demande si les cotuteurs sont débiteurs *corréaux* ou simplement *solidaires* de leur pupille. L'intérêt consiste en ce que la *litis contestatio* opère extinction complète de la dette commune, dès qu'un seul débiteur *corréal* est poursuivi ; elle ne l'opère pas à l'égard des débiteurs simplement solidaires.

On admet généralement que les cotuteurs sont

---

(1) A la différence de ce qui arrive pour les gérants d'affaires qui ne sont pas tenus solidairement vis-à-vis du *dominus* (26, D. 3, 5).

tenus d'une obligation *solidaire*. La loi 18, 1, D. 26, 7, nous dit en effet que la poursuite contre un tuteur ne libère pas les autres : *Ex duobus tutoribus si cum altero actum fuerit, alter non liberabitur*, Cf. 15, D. 27, 3. *Si ex duobus tutoribus cum altero quis transegisset ; quamvis ob dolum communem, transactio nihil proderit alteri, nec immerito : cum unusquisque doli sui pœnam sufferat.*

D'ailleurs il est admis généralement que la corréalité ne naît que du consentement des parties (1) ; or nous sommes, dans notre matière, en présence d'obligations nées en dehors de toute convention et de toute manifestation de la volonté, ce qui vient encore appuyer les termes déjà si formels des textes précités.

---

(1) Accarias, II, nº 554 et note.

TABLE DES MATIÈRES

	Nos	Pages
INTRODUCTION. — Notions générales sur la tutelle. — Comparaison de l'*auctoritas* et de la *negotiorum gestio*. — Plan	1	1
CHAPITRE I. — *Dans quelles hypothèses le tuteur emploie-t-il la negotiorum gestio.* — Principe. — Circonstances où elle ne peut — où elle peut seule être employée	10	8
CHAPITRE II. — *Pouvoirs du tuteur negotia gerens.* — Règle générale. — Actes d'aliénation. — S. C. de Septime Sévère. — Actions en justice. — Actes d'administration. — Actes où le tuteur est intéressé	19	14
CHAPITRE III. — *Fonctionnement de la negotiorum gestio.* — Comparaison de la *tutelæ gestio* avec la *negotiorum gestio.* — Origine. — Comparaison avec le mandat	26	19
SECTION I. — *Actes extrajudiciaires.* — Principe de la non représentation. — Actes translatifs de droits réels. — Actes créant des droits ou obligations personnelles. — Historique de la représentation du pupille	33	24
SECTION II. — *Actes judiciaires.* — Principe général. — Epoque des *legis actiones.* — Procédure formulaire. — Procédure extraordinaire .	66	46

Nos Pages

CHAPITRE IV. — *Liquidation de la negotiorum gestio à la fin de la tutelle. — Recours du pupille envers son tuteur. Contre les tiers.* — Principes. — Action tutelæ directa. — Recours contre les tiers. — Restitutio in integrum. — Recours du tuteur contre son pupille. 80 59

APPENDICE. — *De la negotiorum gestio de plusieurs tuteurs.* — Cas d'application. — La gestion est confiée à un seul — divisée entre les tuteurs — indivise. — Caractère du lien qui unit les cotuteurs quant à leur responsabilité. 94 71

DROIT FRANÇAIS

CONFLITS DES LOIS

RELATIVES AUX

EFFETS DU MARIAGE

QUANT A LA PERSONNE DES ÉPOUX

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES GÉNÉRAUX

E. M. Asser. — Eléments de droit international privé, ou du conflit des lois. — Trad. Rivier. Paris. Arthur Rousseau. 1884.

Aubry et Rau. — Cours de droit civil français, 4e édition. Paris. Marchal, Billard et Cie. 1869-1883.

Bar. — Das internationale privat — und strafrecht. Hanovre. 1862.

Alphonse Bard. — Précis de droit international privé. Paris. Thorin. 1883.

Calvo (Charles). — Le droit international théorique et pratique, tome II, 3e édition. Paris. Guillaumin et Cie. 1880.

Cogordan. — De la nationalité. Paris. Larose. 1879.

Demolombe. — Cours de Code Napoléon, 2e édition. Paris. Durand et Hachette. 1860.

Despagnet. — Précis de droit international privé. Paris. Larose et Forcel 1886.

A, V. Dicey. — Le statut personnel anglais ou la loi du domicile envisagée comme branche du droit anglais. Trad. E. Stocquart, tome I. Paris. A Marescq. 1887.

G. Dubasty. — Des mariages contractés à l'étranger par des Français et en France par des étrangers (thèse). Paris. 1876.

L. Durand. — Essai de droit international privé. Paris. Larose et Forcel. 1884.

P. Fiore. — Droit international privé. [Trad. Pradier-Fodéré. Paris. A Durand et Pédone Lauriel, 1875.

Fœlix. — Traité de droit international privé. 4e édition. Paris. 1866.

De Folleville. — De la naturalisation. Paris. A Marescq aîné. 1880.

Gerbaut. — De la compétence des tribunaux français à l'égard des étrangers en matière civile et commerciale. (Thèse) Nancy. 1882.

Seb. Gianzana. — Lo straniero nel diritto civile italiano, tome I. Torino. Roma. Napoli. Union tipografico editrice. — 1884.

Glasson. — Le mariage civil et le divorce dans les principaux pays de l'Europe. Paris. Durand. 1879.

Lardy. — Les législations civiles des cantons suisses. Paris. Sandoz et Fischbacher. 1877.

F. Laurent. — Droit civil international. Bruxelles. Bruylant-Christophe. Paris. A Marescq aîné. 1880.

Merlin. — Répertoire de jurisprudence et Questions de droit.

Pic. — Mariage et divorce en droit international et en législation comparée. — Paris. Larose et Forcel. 1885.

Pothier. — Œuvres complètes. Ed. Dupin. Paris. Béchet et Maurice. 1824.

Roblin. — Des mariages contractés à l'étranger par des Français et en France par des étrangers (thèse). Poitiers. 1878.

De Savigny. — Traité de droit romain. Trad. Guenoux. 2e éd., tome VIII. Paris. Firmin Didot. 1860.

Schæffner. — Entwicklung des internationalen Privatrechts. Franckfurt am Main. 1841.

Weiss. — Traité élémentaire de droit international privé. Paris. Larose et Forcel. 1885.

PÉRIODIQUES

DALLOZ. — Recueil périodique de jurisprudence, de législation et de doctrine.
SIREY. — Recueil général des lois et arrêts.
Annuaire de législation étrangère.
Annuaire de l'Institut de droit international.
Journal du droit international privé (1).
Revue de droit international (Revue de Gand) (2).

(1) Nous le désignons en abrégé par les lettres J. D. I. P.
(2) En abréviation R. D. I.

INTRODUCTION

1. — Il semblerait superflu, étant donné le rang qu'occupe aujourd'hui dans la science du Droit l'étude du droit international privé, de vouloir démontrer l'importance de la recherche des principes applicables pour résoudre les conflits de lois.

Avec la multiplication des moyens de communication, dans notre siècle, les rapports des peuples se sont accrus, et la fréquence des relations entre les individus de nationalités différentes, le nombre toujours plus grand des points de contact entre les diverses législations, ont attiré sur ce sujet l'attention des jurisconsultes modernes.

2. — On a fini par reconnaître que la véritable base des rapports internationaux et sociaux doit être la liberté, et que la mission du législateur ne consiste point à imposer indistinctement toutes ses règles aux étrangers. Protéger l'ordre moral et économique de la nation en faisant respecter par chacun, sur le territoire, les règles de police et de sûreté, ce n'est qu'une des faces du rôle de la loi !

3. — Tout individu a, dans ce monde, un but à atteindre, une fin à accomplir. La puissance législative a le devoir de lui fournir toutes facilités à cet effet, de lui préparer l'accès du but, de le protéger

dans l'accomplissement de sa fin. *Chaque législateur doit assurer à tout individu, même étranger, le libre développement de ses facultés, en tant qu'elles ne portent pas atteinte aux droits d'autrui.* C'est ce principe, une fois reconnu, qui sert de fondement à la science du droit international privé.

4. — Les mœurs, la tournure d'esprit, les préjugés même qu'un homme a puisés, pour ainsi dire, dans la société où il est né, où il a vécu, il les transporte à l'étranger. La loi qui régit sa capacité doit se modeler sur son intelligence, son éducation ; la loi qui règle les droits et les devoirs dérivant de sa situation dans l'Etat ou dans la famille, de son *status* en un mot, doit tenir compte de ses habitudes, de son degré de civilisation, de la constitution de la famille à laquelle il appartient. Tous ces éléments, c'est la *loi nationale* de l'individu qui est à même de les connaître et de les apprécier mieux que toute autre ; c'est donc elle qui est compétente, même sur un territoire qui ne lui est pas soumis, pour déterminer son *status* et sa *capacité* (1).

---

(1) Nous ne voulons pas insister davantage sur des principes presque généralement admis aujourd'hui. Notre but n'étant pas de poser les règles générales d'application de la loi étrangère ; mais au contraire, partant de principes constatés, d'en déduire les conséquences dans la matière toute particulière des *effets du mariage*, nous nous bornerons, dans cette courte introduction, à rappeler et à indiquer les solutions auxquelles nous nous rallions. En ce qui concerne spécialement la compétence de la *loi nationale* pour les questions *d'état* et de *capacité*, Cf. Pasquale Fiore, § 45. — Laurent, I. 97, 110, Asser et Rivier §§ 20-22 et page 52, note 4.

5. — Des considérations de morale, de sécurité intérieure ou de politique s'opposent parfois à l'application de la loi étrangère. Dès qu'il s'agira d'une question intéressant l'existence, la conservation ou le perfectionnement de la société dans laquelle l'étranger veut se prévaloir de sa loi nationale, il devra se soumettre à la règle territoriale.

Il faut remarquer toutefois que les progrès de la science tendent, de plus en plus, à restreindre la notion de l'ordre public envisagée dans ce sens; et l'un des principaux effets de la fréquence des rapports entre les nationaux des divers Etats civilisés, c'est la diffusion des idées de progrès et l'unification lente, mais continue des législations.

Il ne faut pas se méprendre à cette idée d'*ordre public*, ni par une extension exagérée de la notion, y rattacher toutes les règles qui, de près ou de loin, peuvent toucher à l'organisation économique ou sociale, aux idées morales ou religieuses en cours sur le territoire.

6. — A vrai dire, il faut soigneusement distinguer, au point de vue qui nous occupe, deux sortes de règles rentrant sous la dénomination générale de *règles d'ordre public :* les lois qui n'intéressent l'ordre public que quant aux nationaux, et celles qui intéressent l'ordre public même quant aux personnes ne séjournant que temporairement dans le pays (1).

---

(1) Cf. De Bar, J. D. I. P. 1887. p. 703.
— Louis Olivi, Du mariage en droit international privé. R. D. I, 1883. p. 218-219.

Les règles d'*ordre public interne* ou *national* ont été inspirées au législateur dans un but économique, religieux ou politique, qui n'intéresse que la personne des nationaux seuls. En les édictant il a voulu respecter ou favoriser une institution nationale, il s'est basé sur le caractère particulier, distinctif, de ses ressortissants, il a eu en vue une organisation sociale à fortifier ; mais, s'il importe à la nation que ses membres ne puissent déroger à ces dispositions par un acte de volonté contraire, la sécurité et l'ordre ne seront pas troublés si des étrangers suivent en pareille matière une législation différente. Telles seront, par exemple, les lois sur la capacité de contracter, sur la puissance maritale, etc.

Mais, qu'il s'agisse d'une loi édictée pour satisfaire un sentiment, ou même, si l'on veut, un préjugé que le législateur a considéré comme étant un principe de morale universelle ; qu'il s'agisse d'une obligation ou d'une prohibition imposée par mesure de sécurité économique ou politique à tous les résidants sur le territoire, on se trouvera en présence d'une loi d'*ordre public externe* ou *international* devant laquelle la loi extraterritoriale devra céder.

7. — Qu'il n'y ait de nombreux points de contact entre ces deux conceptions, et bien des difficultés à limiter le champ d'application de chacune d'elles, c'est ce dont on ne saurait douter.

La distinction n'en existe pas moins, quelque vague que soit la ligne de démarcation, et nous aurons à rechercher, chaque fois que nous aurons

reconnu qu'une loi étrangère est applicable, si elle ne viole pas un principe d'*ordre publie externe* (ou d'*ordre public, stricto sensu*) de la loi territoriale.

Mais disons, dès l'abord, et pour n'y plus revenir, que la notion de l'*ordre public externe* doit être aussi restreinte que possible. On est souvent porté à repousser par ce motif l'application de dispositions étrangères qui choquent les idées reçues, les habitudes, mais qui n'ont rien de contraire à la morale universelle. C'est une erreur dont le jurisconsulte doit se garder avec soin; refuser d'appliquer à un étranger sa loi nationale, pour apprécier son état et sa capacité, c'est porter atteinte à sa liberté, mettre obstacle au développement naturel de ses facultés ; il faut des raisons d'intérêt général pour justifier cette atteinte à ses droits (1).

8. — Nous avons cru devoir entrer dans ces développements, parce que la matière que nous nous proposons de traiter prête, plus que toute autre peut-être, à une confusion d'idées de ce genre. Le mariage, qu'on se place au point de vue

---

(1) Il ne faut pas entendre par *loi d'ordre public* « toute « disposition dont l'application ne peut être ni évitée ni « modifiée par la volonté des parties, il est évident que « toutes les dispositions légales concernant l'état des « personnes appartiennent à l'ordre public. Il en résulte- « rait que la loi nationale des parties serait parfaitement « négligée et l'on aurait *non pas le droit, mais le chaos « international* en appliquant seulement la loi du pays « où les personnes séjournent momentanément ». De Bar. — loc. cit.

de sa formation, de sa dissolution ou de ses effets, touche à la constitution des sociétés modernes, basées sur la famille ; il intéresse toutes les religions, qui en ont fait une institution divine. Chaque peuple lui a imprimé sa marque, son originalité particulières et pas n'est besoin d'une longue démonstration pour faire constater qu'une institution qui touche de si près à nos mœurs nationales, publiques et privées, civiles et religieuses, qui tient une si grande place dans l'organisme social, qui règle nos relations les plus intimes et les plus chères, ne peut manquer de se présenter à notre esprit avec un caractère bien précis, des limites bien arrêtées, des règles calquées sur celles que nous lui voyons appliquer tous les jours. On se fait, en un mot, du mariage, de son essence, de ses effets, une idée préconçue d'après son éducation, d'après les coutumes nationales que l'on connaît seules. Le jurisconsulte, en présence d'une loi étrangère, aura précisément pour mission de s'abstraire de ces préjugés nationaux pour rechercher, parmi les dispositions de la loi territoriale, celles qui sont dues au *principe national* (1), c'est-à-dire à la conception particulière que le législateur s'est faite du mariage, qui n'ont d'intérêt pour lui qu'en tant qu'elles s'appliquent aux nationaux ; et celles que ce législateur, à tort ou à raison, a cru être la résultante nécessaire d'un *principe universel, humain,* de l'essence

(1) Cf. Olivi. — loc. cit.

même du mariage ; ou bien nécessaires à la sécurité de l'ordre matériel et moral sur le territoire. Quelle sera la caractéristique de ces lois — à quel criterium recourir pour les reconnaître et les différencier ? Quand la loi territoriale considérera certains actes ou certaines abstentions comme des infractions à la règle pénale, elle sera applicable, sans aucun doute ; mais, à part ce cas spécial, il faut avouer qu'on ne peut poser une règle générale bien précise de détermination. Aussi pensons-nous que la notion de l'ordre public international ne doit être admise que *causa cognita*, qu'on me passe l'expression, et avec la plus grande réserve.

9. — Nous nous proposons, dans le cours de cette étude, de rechercher les principes de solution des différents conflits de lois qui peuvent se présenter dans la matière des *effets du mariage relatifs à la personne des époux* (1).

10. — Nous avons cru qu'il serait plus intéressant et plus conforme à la fois à l'esprit de la science des conflits de lois, de nous placer sur un terrain purement théorique et abstrait, en dehors de toute préoccupation de règles positives. Nous ne considérerons donc les solutions législatives et les décisions de la jurisprudence qu'à un point de vue purement doctrinal, en les soumettant, comme les opinions des jurisconsultes, au contrôle de l'analyse et des principes, et en nous réservant toute notre indépendance.

---

(1) Pour les relations des époux relatives à leurs biens V. *Déglin* : Le contrat de mariage en droit comparé et en droit international. Nancy, Crépin-Leblond. — 1883.

11. — Nous diviserons notre matière en quatre parties.

Dans la première partie de notre travail, nous aurons à rechercher les cas dans lesquels peut s'élever un conflit de lois (*chapitre* I), nous déterminerons ensuite quelle est, d'une manière générale, en cas de conflit, la loi applicable aux effets du mariage (*Chapitre* II).

La seconde partie sera consacrée à l'étude des effets, en quelque sorte normaux, du mariage :

Chapitre III. — Effets du mariage sur la nationalité des époux.

Chapitre IV. — Obligations imposées à chacun des époux :

Chapitre V. Subordination de la femme au mari.

Dans une troisième partie, nous nous attacherons aux diverses modifications qui peuvent atteindre le lien conjugal :

Chapitre VI. — Permanence du lien conjugal — Durée — altérations ; causes de divorce — séparation de corps — mort civile — absence.

Chapitre VII. — Modifications provenant de la séparation de corps et de l'absence.

Chapitre VIII. — Influence du changement de nationalité accompli pendant la durée du mariage.

Nous rechercherons, dans la 4e partie, quelle est la juridiction compétente pour statuer sur les causes matrimoniales (*Chapitre* IX).

Nous traiterons enfin, dans un *appendice*, des effets à l'étranger de certaines unions imparfaites, reconnues dans quelques législations : Fiançailles — mariage morganatique.

CHAPITRE I.

DANS QUELS CAS S'ÉLÈVENT DES CONFLITS DE LOIS EN NOTRE MATIÈRE

12. — Les questions soulevées par le conflit des lois relatives aux effets du mariage, touchant à l'organisation même de la famille, aux droits et devoirs des époux, c'est-à-dire à la partie du Droit qui nous tient le plus à cœur, ont une grande importance pratique. Elles ne paraissent cependant pas avoir, jusqu'ici, attiré beaucoup l'attention des auteurs. On s'est plutôt appliqué à rechercher la solution des difficultés résultant de la différence des législations sur les conditions de formation et de dissolution du mariage. Les circonstances extérieures, le mouvement en faveur du divorce qui s'est produit dans ces dernières années chez les peuples de race latine, le retentissement d'un procès célèbre (1) qui occupa un moment toute l'Europe et qui mit aux prises les juridictions et les jurisconsultes de la France, de l'Allemagne et de la Belgique, tout cela joint à l'intérêt intrinsèque de la matière, a porté l'effort de la discussion vers les problèmes soulevés par le di-

(1) L'affaire de Beauffremont.

vorce. Et cependant, les nombreuses diversités des législations sur les conséquences du mariage donnant lieu à des conflits entr'elles, ouvrent une large carrière à la recherche et à l'examen critique des principes qui peuvent servir à en résoudre les apparentes antinomies.

13. — Avant d'aborder ces difficultés, il n'est pas sans intérêt de déterminer dans quels cas un conflit de lois sera possible.

On peut dire, dès l'abord, qu'en règle générale cela arrivera dans deux ordres d'hypothèses, qui embrassent tous les cas particuliers:

A. — Il y a dualité de statuts personnels entre les époux antérieurement ou postérieurement au mariage (1).

B. — L'état de mariage créé dans un pays est invoqué à l'étranger.

Sans vouloir indiquer ici tous les cas de conflits des lois en notre matière, nous nous bornerons à en donner les principales causes.

A. — 1° Au moment du mariage chacun des époux a une nationalité différente. — La loi de l'un des époux adopte l'unité de nationalité par le fait du mariage. — L'autre ne l'admet pas. — Et, dans le cas où chacun d'eux doit conserver sa nationalité d'origine, quelle loi régira leurs relations ?

---

(1) Comme nous l'avons dit au § 4, nous admettons que c'est la loi nationale qui règle le statut personnel des individus. On doit donc dans cette opinion, formuler l'hypothèse en ces termes : Il y a dualité de NATIONALITÉS entre les époux antérieurement ou postérieurement au mariage.

2° L'un des époux change de nationalité pendant le mariage. — Des conflits du même genre peuvent se présenter en ce qui concerne la nationalité du conjoint et la loi qui doit régir leurs rapports.

3° De plus, lorsque les époux ou l'un d'eux changent de nationalité pendant le mariage, le conflit se complique d'un troisième élément et l'on peut se demander si la loi qui gouvernait autrefois les époux ne continue pas à les régir.

B. — 1° Les époux ont même nationalité, mais le mariage a été célébré hors de leur patrie. — On peut être tenté d'appliquer ici la règle *Locus regit actum.*

2° Les époux ont fait célébrer leur mariage dans leur patrie, puis ils vont s'établir ou résider en pays étranger; ou bien encore ils y passent un acte quelconque.

3° Les deux époux ont même nationalité, se sont mariés dans leur propre patrie, ont passé un acte sur le territoire national; mais cet acte doit produire effet sur des choses situées à l'étranger.

4° Les époux ont même nationalité, le mariage a eu lieu dans leur patrie, ils y sont domiciliés, l'acte y a été passé et les choses y sont situées; mais l'acte est invoqué devant un tribunal étranger, etc...

14. — Dans tous ces cas, nous avons supposé l'existence d'un mariage valable; cependant cela n'est pas absolument nécessaire pour que les questions que nous avons à résoudre puissent se poser. Dans certaines hypothèses un mariage nul peut

produire tout ou partie des effets d'un mariage valable — et dès lors, on aura à trancher une première difficulté quand on se trouvera en présence de plusieurs législations divergentes : Sous quelles conditions, dans quelle mesure et vis-à-vis de quelles personnes le *mariage putatif* produira-t-il les effets d'une union régulière ?

Il ne peut s'agir ici de la loi organique du mariage, c'est-à-dire de la loi qui régit les effets du mariage (nous verrons plus tard que c'est la loi nationale des époux après le mariage) ; ce serait faire une pétition de principe, puisqu'il s'agit précisément de savoir si le prétendu mariage produira des effets et si l'on peut parler d'une loi organique du mariage !

En attribuant des effets à un mariage nul, mais contracté de bonne foi par les parties ou par l'une d'elles ; soit même par simple mesure d'équité vis-à-vis des enfants lorsque les deux époux ont été de mauvaise foi (1), le législateur atténue la sévérité de la sanction qu'il a édictée pour sauvegarder et assurer le respect des conditions de fond ou de forme nécessaires à la validité du mariage. Les dispositions par lesquelles il consacre les effets du mariage putatif ne sont donc que l'accessoire de cette sanction, de cette loi. Il est, par consé-

---

(1) Genève. Art. 136. Loi du 5 avril 1876. Ann. lég. ét. 1877, p. 596.

« Enfin si aucun des deux époux n'était de bonne foi, les enfants profitent seuls des effets civils du mariage comme s'il eût été valable. »

quent, naturel d'appliquer pour la détermination des effets d'un pareil mariage la loi en vertu de laquelle il doit être déclaré nul (1).

15. — Il peut arriver, à l'inverse, qu'un mariage parfaitement valable d'après les principes du Droit international ne produise à l'étranger d'autres effets que ceux d'une union de fait illicite, par application d'une loi prohibitive que le législateur territorial considère comme étant d'ordre public international, inspirée par les principes de la morale universelle.

Tel serait, par exemple, le cas d'un mariage valablement contracté dans son pays d'origine par un prêtre ayant quitté les ordres, qui viendrait ensuite habiter avec sa femme, et prétendrait se prévaloir de sa qualité d'époux devant les tribunaux d'un pays où des unions de ce genre sont repoussées comme portant atteinte à une religion d'État et aux bonnes mœurs (2).

---

(1) Cf. Brocher, p. 145. — Pic, p. 56. — Il peut se présenter des difficultés pour l'application de ce principe. Elles consisteront à savoir en vertu de quelle loi le mariage doit être annulé : *Lex loci contractus* ou *loi personnelle des contractants*. Elles rentrent plutôt dans l'étude de la formation du mariage que dans celle de ses effets et nous nous contenterons sur ce point particulier de renvoyer aux auteurs précités.

(2) Laurent, t. IV. nº 336. « La jurisprudence française, si elle était conséquente, devrait décider que le mariage est nul ; elle opposerait au statut personnel du (prêtre) belge le statut réel de France. » Ajoutons qu'aujourd'hui la jurisprudence française est fixée, depuis un récent arrêt de la Cour de cassation, dans le sens de la liberté du mariage des prêtres, 25 janvier 1888, Gazette du Palais, 4 mars 1888 ; mais la question pourrait se présenter dans d'autres législations — notamment en Espagne.

La jurisprudence des tribunaux de l'Europe refuse, pour le même motif, de reconnaître tous leurs effets aux mariages polygames sur le territoire des nations chrétiennes.

D'après certains auteurs (1), ces mariages devraient même être considérés comme inexistants, nuls de nullité absolue, et la jurisprudence anglaise, faisant application de cette idée, a décidé qu'ils ne devaient ni ne pouvaient être dissous par le divorce.

La polygamie, dit M. Laurent, « n'est pas un « mariage, c'est un crime ; or un crime n'est pas « un contrat produisant des effets civils entre les « parties contractantes ; considéré comme contrat, « il est inexistant, et, partant, il ne peut avoir « aucun effet, comme le dit énergiquement l'art. « 1131 du Code Napoléon. » On n'en devra donc tenir compte que comme d'un contrat inexistant, c'est-à-dire comme d'un simple fait.

Nous repoussons les prémisses mêmes de ce raisonnement. On ne peut, d'après nous, considérer comme un crime, ni poursuivre comme tel, le fait, pour un musulman, d'être polygame, et de résider en pays chrétien avec ses femmes. La bigamie, pour constituer le crime réprimé par les lois pénales, suppose la coexistence de deux mariages absolument incompatibles, exclusifs l'un de l'autre, d'essence monogamique, si je puis m'exprimer ainsi ; il n'en est pas de même dans

---

(1) Laurent. — Tome IV, n° 293.

notre espèce ; par hypothèse, les différents mariages du musulman sont valables, quoique coexistants, d'après la loi qu'il faut consulter pour déterminer leur nature et leur validité. On nous objecte que l'ordre public s'oppose à ce qu'on invoque une telle loi sur le territoire d'un Etat chrétien — nous le nions. L'ordre public ne s'oppose qu'à l'application de la partie de la loi qui viole directement les bonnes mœurs, l'ordre et la sécurité de l'Etat. Ici, la déclaration de validité des mariages, célébrés à l'étranger, dans le pays même des époux, ne choque en rien la morale. On doit donc considérer le mariage polygame comme existant et comme valable, mais le principe d'*ordre public international* s'opposera, sur le territoire, à ce qu'il produise tous ses effets. Ceux-là seuls seront admis, qui respecteront l'ordre moral et de police du territoire : par exemple une demande d'aliments, la reconnaissance judiciaire de la légitimité des enfants. « Le juge ne « donne pas par là une approbation au mariage « polygamique, il n'est pas plus appelé à l'approu- « ver qu'à le désapprouver ; il applique une loi « étrangère. » (1).

---

(1) Laurent, loc. cit. essaie de faire cadrer sa théorie du mariage inexistant avec l'admission des mêmes effets. Mais comment comprendre qu'un mariage inexistant, qu'un simple fait puisse conférer la qualité d'enfants légitimes ? On aboutit au même résultat plus rationnellement dans notre système ! En appliquant la loi étrangère pour reconnaître la légitimité des enfants, le juge par là même reconnaît la validité du mariage. On ne peut pas sortir de là !

16. — Dans un autre ordre d'idées, on pourrait se demander d'après quelle loi on devrait régler les effets d'un mariage valablement contracté à l'étranger, dans un pays dont la législation édicterait une règle identique à celle de l'art. 171 de notre Code civil — en lui attribuant le sens, généralement repoussé aujourd'hui, que l'omission de la transcription du mariage sur les registres de l'état civil empêche le mariage de produire ses effets civils à l'égard des tiers (1).

En pure théorie, une disposition de ce genre doit être applicable aux étrangers comme aux nationaux. Elle rentre dans la catégorie des mesures d'ordre et de sécurité économique que le législateur a le devoir de prendre en faveur de ses ressortissants. Il faut donc décider qu'un mariage célébré à l'étranger doit, pour produire effet à l'égard des sujets d'un Etat, être porté à leur connaissance par les moyens de publicité édictés dans ce but par la loi de cet Etat.

---

(1) Cf. Aubry et Rau. V. § 468. et note 28, ainsi que les auteurs qu'ils citent.

CHAPITRE II.

DÉTERMINATION GÉNÉRALE DE LA LOI QUI DOIT RÉGIR LES EFFETS DU MARIAGE.

---

17. — Avant d'aborder l'étude détaillée des différents effets du mariage par rapport à la personne des époux, nous avons à rechercher et à poser les principes qui devront nous guider pour la solution des conflits de lois qui s'élèveront en notre matière.

Certains auteurs ont cherché la base de leurs opinions et de leurs discussions dans l'idée qu'ils se faisaient *in abstracto* de la nature et de l'essence du mariage. Mais c'est là une méthode dangereuse et qui présente un grand inconvénient. Chaque individu se fait, d'après ses préférences personnelles, la tournure de son esprit, son éducation et l'influence de son milieu national, une conception *à priori* du mariage, une idée préconçue d'où il prétend tirer des conséquences et des conclusions évidemment contradictoires avec la réalité des choses ; avec la conception toute différente qu'un législateur étranger a pu se faire de l'institution ! C'est surtout en matière de Droit international privé que se manifestera le vice de cette

manière de procéder, et nous devons dès le début nous mettre en garde contre les errements d'un pareil système. Il ne s'agit pas de donner la préférence à telle ou telle conception législative sur telle autre, mais de savoir à quelle loi tel rapport juridique doit être soumis. — En un mot, la science des conflits de lois ne consiste pas à choisir arbitrairement, d'après les idées du jurisconsulte entre deux ou plusieurs lois ; mais à rechercher et à appliquer la loi compétente dans l'espèce.

Ce n'est donc pas à un système *à priori* sur l'essence et la nature du mariage, en prétendu Droit naturel, que nous nous reporterons pour demander la solution des difficultés de notre matière, mais aux principes généraux de la science du Droit international, et à l'analyse du caractère des effets du mariage considérés dans chaque législation positive. « Il faut se défier, dit M. Laurent « (1), des formules abstraites dans la science du « Droit et par conséquent des système absolus... « les principes, c'est tout le droit, mais il ne faut « pas confondre les principes avec les systèmes. — « Les principes sont empruntés à la vie, tandis « que les systèmes sont des abstractions que l'au- « teur veut imposer à une science essentiellement « pratique. »

18. — Nous nous proposons d'établir dans ce chapitre, quelle est, en principe, la loi qui régit

---

(1) Op. cit. tome V, p. 5.

les rapports des époux, en supposant qu'aucun élément étranger: volonté des époux, ordre public externe... etc.., ne vienne compliquer la difficulté.

Deux grandes hypothèses sont à examiner:

A. — Les époux ont la même nationalité.

B. — Les époux ont une nationalité distincte.

A.

Les époux ont tous deux la même nationalité.

19. — C'est l'hypothèse qui se présentera le plus fréquemment. Dans la plupart des législations, la femme acquiert, par le mariage, la nationalité du mari et souvent même suit ses changements de nationalité pendant le mariage.

On a proposé, dans ce cas, quatre systèmes principaux:

I. — Les effets du mariage seront déterminés par la *loi du domicile* des époux.

II. — Les effets du mariage seront déterminés par la *loi du for.*

III. — Les effets du mariage seront déterminés par la *loi à laquelle les époux se sont référés* (*lex loci contractus*).

IV. — Les effets du mariage seront déterminés par la *loi nationale des époux.*

20. — I. — Le système qui admet la compétence de la *lex domicilii* est le plus ancien, il était enseigné par les jurisconsultes statutaires (1). Tous

(1) Pothier. Introduction générale anx coutumes, Ch. I. § 1, nos 6, 8 et 10.

les droits se rattachant à l'état et à la capacité de la personne, les *statuts personnels*, étaient régis par la loi du domicile. Ce système, qui compte encore aujourd'hui de nombreux partisans en Angleterre, aux Etats-Unis et en Allemagne, se comprenait très bien à une époque où les Etats étaient morcelés en un grand nombre de provinces ayant chacune sa législation propre, formant de petits Etats dans le grand. En changeant de domicile, on se plaçait sous la souveraineté d'un nouveau seigneur, d'une nouvelle loi. Le lien qui reliait l'homme aux autorités de son domicile correspondait alors au lien de sujétion qui unit, de nos jours, le citoyen à l'Etat. — Ajoutez à cela que le domicile était alors beaucoup plus stable qu'aujourd'hui, et cette règle avait moins d'inconvénients, dès lors que les changements de la loi régissant le statut personnel étaient extrêmement rares.

Il est à remarquer que les raisons données par les statutaires en faveur de l'application de la loi du domicile militent avec plus de force encore pour l'application de la loi nationale des individus (1). Il n'est même pas rare de voir les anciens

---

(1) Basnage, sur l'art. 431 de la coutume de Normandie dit: « Tous les peuples ne naissent pas sous des climats également heureux; le ciel ne répand sur les uns que des glaces et des frimas, tandis qu'il communique aux autres ses plus bénignes influences; la nature aussi ne distribue pas également les faveurs de l'esprit. Il y a des peuples qui naissent presque tous avec des génies heureux et capables des grandes choses, et nous connaissons, au contraire, des nations entières d'un esprit grossier et indocile. Si l'on en croit le bon Accurse, les Romains, les Lombards

auteurs confondre à ce point de vue la patrie et le domicile (1).

21. — Pour Savigny, le mari étant le chef de la famille, c'est son domicile qui détermine le siége du rapport de droit entre les époux et la loi applicable à ces rapports (§ 379, loc. cit.). C'est une application de sa théorie générale, qui consiste à rechercher, dans chaque matière, le siége du rapport juridique; c'est ainsi qu'il applique la loi du domicile pour régler les questions d'état et et de capacité des personnes. Nous n'avons pas ici à en faire une critique détaillée. On a déjà fait remarquer que l'on ne peut parler d'un siége des rapports de droit. En matière de questions d'état comme en matière d'obligations, le droit ne peut avoir une assiette matérielle, territoriale (2)! De Savigny méconnaît en outre le principe de la nationalité, qui a depuis fait tant de progrès, et sur lequel nous aurons à revenir tout à l'heure.

22. — La jurisprudence anglaise est loin d'admettre une solution générale relativement aux effets du mariage. — Dans l'affaire Harvey, le juge Cotton résume ainsi son opinion : « Tous les

---

et les Normands naissent avec un génie plus mûr et plus avancé que les autres peuples. M. d'Argentré a cru que c'était la raison pour laquelle la coutume avait avancé le terme ordinaire de la majorité. »

(1) Cf. Asser. § 20, note 1, il cite notamment Vattel et cette phrase de Fœlix § 28. « Les expressions de lieu du domicile de l'individu et de territoire de sa nation ou patrie peuvent être employées indifféremment. »

(2) Laurent. I. nos 418, sqq.

droits, toutes les conséquences du mariage doivent être déterminés par la loi du pays où, par suite de la célébration de l'union, se trouve le domicile des époux » (1).

Il ne faudrait pas voir là l'application du système qui adopte la loi à laquelle les époux sont censés s'être référés. La jurisprudence anglaise admet que la loi applicable change avec le domicile (2).

Ce n'est, du reste, que l'application d'une règle plus générale suivie par les tribunaux anglais, d'après laquelle toutes les fois qu'on admet le statut personnel, c'est d'après la loi du domicile et non d'après la nationalité politique qu'on le détermine (3).

Nous repoussons avec la grande majorité des auteurs actuels l'application de la loi du domicile. « Le simple fait du domicile, en vertu duquel se « sont établis certains rapports entre l'individu et « le souverain territorial, ne peut détruire les « rapports plus intimes et plus durables que le

---

(1) Cf. J. D. I. P. 1881, p. 201, sqq. - 204.

(2) J. D. I. P. 1881, p. 205. Cf. Code de la République Argentine. Art. 159 à 165, J. D. I. P. 1886, p. 294.

(3) Westlake, J. D. I. P. 1881, p. 312. Dicey. loc. cit. Art. 21. — « La loi du domicile régit les droits relatifs à l'état *(status)* ou à la capacité des personnes. — 2° Au mariage sauf dans les cas où : art. 24, la loi n'est pas connue du droit anglais, — si elle est pénale. — Art. 38. La capacité de la femme mariée d'aliéner des meubles dépend en général de la loi de son domicile. — Art. 39. La capacité testamentaire de la femme mariée dépend, en ce qui concerne ses meubles, de la loi de son domicile. »

« même individu a avec la souveraineté natio-
« nale (1) ».

23. — II. — Une seconde opinion invoque la *lex fori*, sous prétexte que tout est d'ordre public en matière de mariage et de relations entre époux, et que par conséquent, le juge ne peut appliquer une autre loi que la loi territoriale (2).

Il est certain qu'il faudra appliquer la *lex fori* chaque fois qu'on se trouvera en présence d'une loi d'ordre public externe. Mais toutes les lois qui ont trait au mariage n'ont pas ce caractère. Il est vrai qu'elles sont soustraites, pour la plupart, à la libre convention des parties, mais c'est parce que le législateur a vu une nécessité nationale à réglementer l'organisme de la famille de telle ou telle façon, afin de le faire correspondre au but politique, économique ou moral du corps social dont il fait partie ; ou bien parce que telle des dispositions qui règlent les rapports conjugaux est nécessitée par la nature physique ou intellectuelle

---

(1) Fiore, I, § 44.

(2) Story, §§ 102 et 103.

Dicey, art. 36, et commentaire tome I, p. 426. « Le pouvoir d'un mari anglais ou étranger sur la personne de sa femme ne dépend pas de la loi de son domicile étranger, durant le séjour des époux en Angleterre. — La question de savoir quelle autorité le mari peut exercer sur la liberté de sa femme et de quelle contrainte il peut faire usage à cet effet, doit être décidée conformément à la loi du pays de la résidence. — Art. 37. La capacité de contracter de la femme mariée dépend de la loi du pays où le contrat a été passé. » — M. Dicey ajoute que sur ce dernier point, la jurisprudence anglaise est incertaine.

de ses ressortissants. Mais qu'importe au législateur qu'une nation étrangère composée de personnes de condition matérielle ou morale tout autre, impose à ses sujets des règles différentes, plus conformes à leurs aptitudes; dès lors qu'on ne viole pas une des règles essentielles du mariage, une des obligations découlant du principe humain, universel de l'union conjugale ? Ni la morale, ni la sécurité de la société territoriale n'en seront blessées !

24. — III. — Quelques auteurs, parmi lesquels il faut citer Merlin (1), partent de l'idée que le mariage est un contrat et appliquent à ses effets la loi à laquelle les parties sont censées s'être référées. Dès lors le problème ne consiste plus que dans l'interprétation de la volonté des parties, — ce sera, suivant les circonstances, la loi de leur domicile au moment de la célébration du mariage ou plutôt la *lex loci contractus*.

Une autre conséquence de cette opinion, c'est que les droits des époux seront fixés par le prétendu contrat; ce seront des *droits acquis* auxquels ni la volonté des parties ni une loi nouvelle ne devraient pouvoir porter atteinte. Les partisans de ce système n'ont pas été jusqu'à l'extrême limite des déductions que leur imposait la logique. Nous aurons plusieurs fois, dans le cours de notre étude, à constater l'influence de cette conception

---

(1) Répertoire. V° Divorce. Sect. IV. § 10. — Aff. Mac-Mahon.

du *mariage-contrat;* aussi croyons-nous nécessaire d'en réfuter ici le principe pour n'avoir plus à y revenir.

25. — S'il est vrai que pour sa formation le mariage exige un concours de volontés, ce n'est là qu'un point de ressemblance avec les contrats. Dans ceux-ci, c'est la volonté qui crée les effets de la convention; c'est précisément sur ces effets qu'a porté le concours des consentements, ce sont eux qu'on a eus en vue — ce sont, enfin, les parties qui ont elles-mêmes créé les *effets du contrat* par un acte de leur libre arbitre.

En est-il de même en notre matière? Non — Le consentement ne crée chez les parties qu'un état, *un status :* une sorte de parenté ou d'alliance *sui generis*. Elles sont devenues volontairement mari et femme — hors de là, leur pouvoir s'arrête, l'autonomie de la volonté prend fin.

Leur seul droit acquis, c'est de se prévaloir de cette qualité de mari et femme — de jouir des droits que la loi y rattache, comme ils doivent accomplir les devoirs qu'elle leur impose. Mais leur état, dans ses conséquences, dans ses modalités, dans sa dissolution comme dans les conditions de sa formation, est régi par la loi qui a compétence sur leur personne, à laquelle ils sont reliés par une sorte de lien de sujétion : par leur *loi nationale*. Le mariage modifie l'état des personnes, il le *qualifie*, si on me permet de parler ainsi, mais il n'en est qu'une simple modalité — ses effets doivent donc être considérés comme les conséquences de l'état des personnes — soustraits à leur libre dis-

position et imposés par la loi qui règle *leur status* (1).

26. — IV. — Les dispositions réglant les rapports résultant entre époux de leur état, de leur alliance, offrent bien nettement le caractère des règles basées sur le principe national, des règles d'*ordre public interne*. Il s'agit au premier chef de droits et de devoirs dont la nature varie avec les mœurs, les habitudes, le climat; toutes les influences, en un mot, que la loi de la patrie est seule capable d'apprécier.

C'est donc, en définitive, par application de cette règle, aujourd'hui généralement reconnue « que la loi nationale des parties détermine leur état et leur capacité » que nous attribuons à cette loi compétence pour régir les rapports des époux entre eux, quant à leur personne. Nous repoussons, par conséquent, l'opinion de quelques jurisconsultes, qui admettent notre solution, mais en l'appuyant sur des considérations que nous ne saurions approuver.

C'est ainsi que Wæchter (2) décide que le juge doit toujours, en principe, appliquer sa propre loi, sauf dans les cas où son législateur n'a pas entendu

---

(1) Le juge anglais sir John Hannen, parlant il est vrai de la capacité de contracter mariage, dit : « Le mariage « est, à la vérité, basé sur une convention des parties, « mais c'est également un état *(status)* dérivant d'un con- « trat dont les conditions spéciales peuvent être réglées « par chaque Etat, » J. D. I. P. 1881, p. 198.

(2) Rapp. Laurent, tome V, p. 6, sqq.

régir les étrangers, par exemple en matière d'effets du mariage — c'est là un système vague et sans fondement scientifique (1).

27. — On a prétendu qu'il y avait place, même dans notre système, pour l'application de la loi du domicile des époux — Cela arriverait dans le cas où leur loi nationale déclarerait le mariage soumis, dans ses effets, à la loi du domicile de la famille : la loi anglaise par exemple (2).

Nous repoussons absolument cette manière de voir. Quand un législateur admet que l'état et la capacité des personnes seront régis par leur loi nationale, il s'en rapporte à cette loi pour réglementer les mesures nécessaires à leur intelligence et à leurs mœurs, mais il ne lui demande pas de trancher la question de statut à appliquer; il la tranche lui-même. En un mot, et suivant une expression heureuse « *Il a voulu donner une solution et non pas une simple procuration au législateur étranger* » (3).

28. — Tout le monde admet la restriction que la loi territoriale deviendra seule applicable toutes les fois que, d'après cette loi, *l'ordre public externe*,

---

(1) Cf. dans notre sens :
Fiore. Loc. cit., § 108.
Laurent. IV, p. 394, sqq, nº 205, sqq.
Pic. Mariage et divorce, p. 52.
Roblin. Thèse, p. 146.
Jurisp. belge. J. D. I. P. 1881, p. 485.

(2) Fiore. Du mariage célébré à l'étranger suivant la législation italienne. J. D. I. P. 1886, p. 174.

(3) Id. ibid. note 2. Cf. en ce sens. Labbé J. D. I. P. 1885, p. 5. Laurent. S. 1881. 4, 41.

tel que l'a compris le législateur territorial, sera intéressé. La difficulté porte sur l'application de cette restriction.

Si comme Wharton (1) on voit dans le mariage une *institution chrétienne*, on sera tenté de rechercher dans les dogmes religieux la mesure des dispositions d'une loi étrangère qu'on pourra appliquer sur le territoire, et comme, en règle générale, les dogmes religieux sont absolus, exclusifs, on aboutira, en pratique, à repousser toute application de la loi étrangère sur le territoire.

La vérité est, comme le fait très judicieusement remarquer M. Laurent (2), que l'ordre public n'est autre chose que l'ensemble des lois qui concernent les intérêts de la société. Si les intérêts moraux, politiques, économiques de la société sont en jeu, les intérêts privés de l'étranger doivent s'incliner — C'est bien le moindre des devoirs résultant de l'hospitalité que lui accorde une nation étrangère !

C'est là, il faut l'avouer, un principe bien large et un criterium très vague, mais il est impossible, en pareille matière, de préciser davantage. L'analyse des différentes hypothèses que présentent les conflits de lois est la seule méthode praticable pour la recherche des cas où l'ordre public international est intéressé. La solution dépend de l'esprit de chaque législation, du caractère de l'orga-

---

(1) Laurent IV. n° 199. sqq.
(2) Tome II, n^{os} 187-188.

nisation sociale de chaque peuple, de mille et une circontances variables et pour lesquelles il est impossible de poser une règle générale.

B.

Les époux ont une nationalité distincte.

29. — Nous aurons plus tard l'occasion de faire remarquer dans quelles hypothèses peut se produire cette dualité de nationalités dans le ménage. Nous verrons qu'elle peut exister au début même du mariage, quand la femme étrangère n'acquiert pas, par le fait de l'union conjugale, la nationalité du mari. Elle peut aussi se rencontrer pendant le mariage, par le changement de nationalité d'un seul des époux. La question que nous nous posons en ce moment est de savoir si les relations de deux époux de nationalités différentes devront être régies par une *loi unique* ou par *plusieurs lois* ; quelle est cette loi ; ou, s'il y a lieu de reconnaître la compétence simultanée de plusieurs législations, par quel principe les conciliera-t-on en cas de conflit ?

On pourrait se demander aussi si la loi qui régit les effets du mariage est immuable et quelle sera, à ce point de vue, l'influence d'un changement de nationalité des époux ou de l'un d'eux seulement. Nous avons réservé cette question pour le moment où nous traiterons des modifications apportées aux relations des époux par un changement de nationalité pendant le mariage (chapitre VII).

30. — Pour les auteurs qui assimilent le mariage à un contrat, il n'y a pas de difficulté — la loi que les époux sont présumés avoir choisie aura seule compétence pour réglementer leurs rapports. — Nous avons déjà repoussé le principe (n° 24) et nous n'en pouvons pas plus admettre les conséquences.

Nous retrouvons cependant une application de cette idée chez des auteurs qui, comme nous, ont repoussé le principe du mariage-contrat alors que les deux époux ont même nationalité. M. Esperson dit notamment, après avoir posé la règle de compétence pour la loi nationale des deux époux : « En « effet, par le fait du mariage, la femme acquiert « la nationalité de son mari. Du reste, même si « elle ne l'acquérait pas, cela importerait peu, « le principe de l'unité de famille exigeant que « la loi nationale du mari qui en est le chef ait la « prépondérance *et la femme ayant par consé-* « *quent entendu s'y soumettre.* » (1).

31. — On se réfère donc à l'acceptation présumée par la femme de la loi nationale du mari. — Mais dans toutes les législations, l'état de mariage est soustrait, dans ses effets comme dans ses conditions, à la libre disposition des parties. — Il ne saurait être plus question de soumission volontaire à une loi étrangère que d'une réglementation volontaire des relations conjugales ! Nous sommes en matière d'état (*status*) et c'est la loi nationale

(1) J. D. I. P. 1880, p. 339.

de chaque individu qui doit en régir seule les incidents, les modalités et les effets. La question se ramène donc à savoir si la nature du mariage impose une exception à ce principe.

« Il ne peut être, dit-on (1), question ici que d'un « statut personnel unique, celui du mari. *Les « effets d'un même contrat ne peuvent varier sui- « vant que l'on envisage l'un ou l'autre des con- « tractants* et, puisque le mari est chef de « famille.... sa loi personnelle est la loi du con- « trat..... ». « Nous croyons pour notre part « qu'en cas de conflit entre le statut personnel de « la femme et celui du mari, c'est à ce dernier « qu'il faut donner la préférence. *Le mari, en « effet, est le chef de la famille :* au jour du ma- « riage sa loi nationale est devenue la charte de « la famille ; en changeant de nationalité et adop- « tant ainsi d'autres lois, il modifie par là même « la charte primitive ; c'est donc cette loi nou- « velle qui à l'avenir règlera les effets du mariage « et déterminera en particulier la capacité de la « femme.... il en résulte que le changement de « nationalité de la femme seule.... ne saurait « avoir aucune influence sur la loi qui régit les « effets du mariage. »

32. — Sans revenir sur cette assimilation des effets d'un mariage à ceux d'un contrat (2), voyons

---

(1) Pic, op. cit., p. 52, sq. cf., p. 206.

(2) M. Pic lui-même exprime ailleurs, d'une façon aussi juste que précise « que le mariage est un élément de l'é- « tat des personnes ; l'état de femme mariée, par exem-

ce que vaut cette base qu'on cherche à donner à l'exception au principe de la nationalité, et qui consiste à considérer la loi du mari comme « *la charte de la famille.* » (1)

Tout d'abord, la prédominance du mari sur la femme n'est pas une vérité nécessaire, absolue, imposée par la raison à tous les peuples. Bien des législations tendent maintenant vers l'égalité complète des époux. Mais, lors même que la loi positive reconnaît au mari certains pouvoirs de supériorité sur sa femme, ce n'est pas une raison de conclure que la loi du mari doit régir l'état (*status*) de la femme ! De ce que le mari a des droits sur sa femme, est-ce à dire que c'est sa prope loi qui doit en déterminer la mesure ? Nous avouons que nous ne voyons aucun lien logique entre la proposition qu'on énonce et les conséquences qu'on veut en tirer ! Quant à dire que la loi du mari a compétence sur l'état de la femme, parce qu'elle est la charte de la famille, c'est une pétition de principe et c'est trancher la question par la question.

Les partisans de ce système ont si bien senti eux-mêmes le vice de leur raisonnement, qu'ils

---

« ple, est bien différent, en droit, de l'état de fille ou » veuve. C'est donc à la loi personnelle des parties qu'il « appartient de régler les conséquences juridiques de l'é- « tat de mari ou de femme... » loc. cit. p. 52.

(1) Cf. de Bar. Proposition faite à l'Institut de droit international. Session de Heidelberg, 1887.

« La loi nationale du futur mari doit régir le mariage. » —.. « La loi nationale de la femme ne sera observée que pour sauvegarder les intérêts privés de celle-ci et de ses parents. » J. D. I. P. 1887, p. 697.

ont été obligés, comme nous l'avons fait remarquer, de se rejeter sur l'idée d'une prétendue soumission volontaire de la femme à la loi du mari, par le fait du consentement au mariage.

On s'appuie aussi sur le principe de l'*unité de famille*. Il serait désirable, en théorie pure, nous n'en disconvenons pas, d'imposer l'unité de nationalité aux membres de la famille. Mais, puisque les législations positives n'appliquent pas le principe, on ne peut l'invoquer pour les concilier, au moment même où elles le méconnaissent, en soumettant chacun des époux à une loi nationale distincte !

33. — On a proposé une autre solution, et on a dit : la loi nationale n'est plus une loi commune aux deux époux, on ne peut donc s'y référer, il faut cependant découvrir une législation qui leur soit commune. Pour régir les effets du mariage, il ne peut y avoir qu'une loi unique, ayant un caractère obligatoire pour chacun des époux, sinon on verrait des obligations pour l'un d'eux n'ayant pas pour corrélatif un *droit* chez l'autre ; et réciproquement.

34. — Les rapports des époux entre eux se composent, en dernière analyse, d'une série de droits et de devoirs réciproques. Ces droits, ces devoirs ont leur source dans la loi, qui les accorde ou les impose à ses *ressortissants*, comme conséquence de leur *état* d'époux. Pour qu'il y ait un *droit*, il faudra nécessairement qu'il existe une *obligation* correspondante. On ne comprend pas l'un de ces termes sans l'autre ; et comme la loi nationale de

chaque individu est seule capable de lui imposer un devoir, comme de lui accorder un droit résultant de son *status*, nous en devrons conclure que pour constater entre deux conjoints un rapport de droit, et pour en déterminer l'énergie, il faudra exiger la concordance des lois nationales de l'un et de l'autre. On devra donc, en général, dans les cas de conflits entre ces deux lois, appliquer la moins rigoureuse pour l'obligé.

On nous objecte que, dans notre système, nous sacrifions l'unité de législation qui doit réglementer les relations conjugales. « Il faut, à tout prix, » rechercher une loi commune aux deux époux. » Pour la trouver, on doit faire retour à un prin» cipe admis en matière de nationalité, quand un » individu n'a pas de nationalité : *la loi du domi*» *cile commun aux époux* » (1).

Ce serait une objection sérieuse si les législations positives, les seules que la science des conflits ait à consulter pour chercher ses solutions, imposaient l'unité de législation dans la famille. Mais aucune n'en parle. Le désir, très légitime, de rechercher une loi unique, qui évite des conflits, n'est pas une raison suffisante pour donner compétence à une législation, par celà seul que c'est l'unique moyen de ramener tous les rapports de droit sous une règle uniforme ! Il faut que cette législation ait empire sur les parties en cause; or, quoi qu'on en ait dit, et nous croyons l'avoir

---

(1) M. Chrétien, à son cours. Faculté de droit de Nancy, 1888.

suffisamment démontré, la *lex domicilii* n'a pas ce caractère, elle est incompétente à régler le statut personnel des individus, aucun lien de sujétion ne relie à ce point de vue la personne avec le législateur de son domicile; et ce serait faire empiéter la loi du domicile sur le domaine de la loi nationale que de lui faire trancher des questions de ce genre. Il n'y a pas de motif juridique pour le faire, aussi croyons-nous pouvoir poser le principe suivant, auquel nous aurons souvent à nous reporter :

P. — *En cas de conflit entre les lois nationales de deux personnes, en matière d'obligation légale résultant de l'état* (STATUS) *de relation de ces personnes, on doit appliquer la loi la moins onéreuse pour l'obligé* (1).

35. — Nous reconnaissons que notre principe recevra échec dans le cas où la *loi territoriale* imposera à deux individus, à raison de leur qualité d'époux, une obligation qu'elle considérera comme imposée par le principe universel de la morale, autrement dit, par l'*ordre public international*.

D'autres principes pourront aussi militer contre celui que nous venons d'admettre et créer des difficultés d'application. Nous aurons à les examiner dans les chapitres suivants.

---

(1) En réalité, c'est toujours la loi de l'obligé qu'on applique, mais atténuée dans la mesure des droits du titulaire, dans le cas où la loi nationale de ce dernier serait moins exigeante ou moins rigoureuse.

CHAPITRE III.

EFFETS DU MARIAGE SUR LA NATIONALITÉ DES ÉPOUX.

36. — L'union étroite qui doit régner entre les époux, la communauté de sentiments, d'affections, d'intérêts qui les unit, devrait logiquement, et en pure raison, faire édicter la règle de l'unité de nationalité dans la famille.

La plupart des législateurs modernes ont, du reste, sanctionné ce principe, au moins au moment de la célébration du mariage. La tendance actuelle des lois sur la naturalisation est d'étendre à la femme, *ipso jure*, les changements de nationalité du mari accomplis pendant la durée de leur union. Mais sur ce dernier point, il existe encore de nombreuses divergences dans le Droit de l'Europe et de l'Amérique, et nous aurons, dans notre dernière partie, à rechercher la solution des graves conflits qui en peuvent naître. Dans ce chapitre, nous nous placerons au moment même de la célébration du mariage pour apprécier l'influence de cet acte sur la nationalité de chacun des époux (1).

(1) Le changement de nationalité d'un époux pendant le mariage influe à la fois sur la nationalité de l'autre conjoint, et sur la loi organique du mariage. Nous avons pré-

37. — En général on décide que la femme suit la nationalité de son mari au jour du mariage. Mais, si l'on est d'accord sur le principe, c'est sur son fondement juridique que les divergences reprennent et peuvent donner lieu à des conflits.

Doit-on y voir, de la part de la femme, un libre choix de la patrie dans laquelle elle doit vivre à l'avenir et où sera désormais le centre de ses affections, ou bien est-ce là une nécessité pratique que la nature des relations de famille impose au législateur et à la femme ? Suivant la solution que l'on adoptera, les effets de cette naturalisation pourront différer de beaucoup.

Nous croyons qu'en thèse générale et en faisant abstraction des législations positives, la volonté ne doit pas être considérée comme l'élément déterminant de la naturalisation de la femme par le mariage. L'ordre social, l'intérêt de la famille et des enfants qui naîtront plus tard exigent, chez les époux, une cohésion morale, à laquelle la dualité de nationalités ferait obstacle.

« La nationalité peut aussi dériver du mariage « en ce sens que les femmes suivent de plein droit « la condition nationale de leurs maris. La logique

---

féré, pour plus de simplicité, réunir l'examen de ces deux ordres d'idées en un même chapitre (ch. VIII). Nous avons été obligé d'autre part de renvoyer l'étude des modifications de la loi organique du mariage après l'exposé des principes qui servent à la déterminer. C'est pourquoi nous avons dû scinder en 2 chap. distincts la recherche des effets du mariage sur la nationalité des époux, 1° au moment de la célébration, 2° pendant la durée de l'union.

« de ce principe ressort de la nature même du « contrat conclu par les époux, car le mariage « doit constituer l'unité du ménage et la commu- « nauté de droit de la famille, à laquelle ces deux « bases essentielles manqueraient absolument si « les époux pouvaient conserver des droits dis- « tincts, dépendre de deux Etats différents, si la « nationalité du mari n'entraînait pas celle de la « femme de la même manière que le domicile du « mari devient le domicile conjugal. (1) »

38. — Pour tous ces motifs, l'Institut de droit international a voté, dans sa session de 1880, la résolution suivante : « *La femme acquiert par le mariage la nationalité de son mari.* »

On voit qu'il n'y a pas place pour la volonté dans une pareille acquisition de nationalité. — On pourrait être tenté d'objecter que la naturalisation est un contrat volontaire. En notre matière il serait facile de répondre qu'il n'y a d'élément volontaire ni de la part de l'Etat, ni de la part de la femme. A la différence de ce qui arrive pour les véritables naturalisations, l'autorité chargée d'agréer le nouveau membre de la nation n'a ici aucun contrôle, aucun pouvoir ; l'acquisition par la femme de la qualité de nationale lui est imposée tout autant qu'à la femme elle-même. Dès lors, il ne faut pas se méprendre au terme de *naturalisation*, ni confondre une obligation légale avec la naturalisation ordinaire, contrat synallagmati-

---

(1) Calvo, Dr. intern. II. § 762.

que entre l'Etat et le nouveau national, ni assimiler les effets de l'une aux conséquences de l'autre (1).

39. — Les dispositions législatives sont loin de concorder sur cet effet du mariage. Les unes admettent que la femme suit la nationalité de son mari (2). D'autres laissent à chaque époux sa nationalité primitive (3) ; d'autres enfin

---

(1) La jurisprudence française, tout en reconnaissant que la femme ne peut se réserver sa nationalité d'origine par une manifestation de volonté contraire, semble admettre, d'autre part, que la naturalisation de l'art. 12, Code Civil, est la conséquence de la volonté tacite de la femme. — Elle décide notamment, ce qui implique bien cette idée, que la femme étrangère, née en France de parents étrangers, épousant un Français avant la fin de l'année de sa majorité, n'a pas besoin de déclarer son intention de devenir française pour bénéficier, *ipso jure*, des dispositions de l'art. 9, Paris, 11 déc. 1847, S. 48, 2, 49.

(2) Notamment la législation française, art. 12 et 19 C. Civ. On discute en doctrine la question de savoir si ces articles laissent à la femme la faculté de se réserver, par un acte de volonté contraire, son ancienne nationalité. En général on se prononce pour la négative. Cf. Aubry et Rau, I. § 73, note 1. Demolombe, IV, 111. Contra : Weiss. Revue critique de législ. et de jurisp. 1887, p. 538 sqq. Blondeau, Revue de droit français et étranger, 1845, p. 142 à 144.

Allemagne. Loi fédérale 1er juin 1870, art. 5 et 13.
Angleterre. Act 12 mai 1870, art 10-1°.
Russie. Ukase 6 mars 1864, art. 15 et 17.
Suisse. L. fédérale 24 décembre 1874, art. 25, § 4. etc.

(3) Haïti. Loi du 10 octobre 1860. Cette loi décide que la femme haïtienne qui épouse un étranger conserve sa nationalité. Rappr. le décret de chancellerie, 10 juin 1835, qui permet à la femme autrichienne de se réserver sa natio-

attribuent au mari la nationalité de la femme (1).

Cette diversité de législations va donner lieu à quelques conflits dont il importe maintenant de rechercher la solution.

40. — Toute loi relative à la perte ou à l'acquisition de la nationalité intéresse évidemment l'état (*status*) des personnes. D'autre part, aux yeux du jurisconsulte, il est contradictoire qu'une personne ait deux nationalités différentes. Une nouvelle patrie ne peut être acquise que par un individu dégagé de tout lien avec l'ancienne. Les conditions nécessaires pour se soustraire à une nationalité sont des questions de capacité, régies par la législation de la nation dont on ne veut plus faire partie. Tant qu'on ne les a pas accomplies, on reste lié à elle par un lien de sujétion, et l'on ne peut acquérir une nationalité nouvelle. C'est, en effet, la loi qui régit le statut personnel au moment où l'on veut passer à un autre Etat, qui a

---

nalité lors de son mariage avec un sujet étranger. (Weiss. Revue critique 1887, p. 493, sqq).

En Angleterre, la femme épousant un étranger conservait autrefois sa nationalité d'origine. L'act. du 12 mai 1870, a conservé une disposition analogue à celle de notre art. 19.

(1) Venezuela. — République Argentine. L. 1er oct. 1869 art. 2-7° « Sont Argentins par naturalisation : — les individus qui, dans les provinces épousent des femmes argentines.» Il y a des dispositions analogues dans quelques Républiques de l'Amérique du Sud, pays d'immigration. Dans tous ces cas, on discute la question de savoir si la nationalité est imposée à l'individu qui épouse une américaine latine; ou si ce n'est qu'une offre dont il peut ou non profiter. Cf. Calvo, p. 88.

compétence pour réglementer toutes les questions d'état et de capacité de ses ressortissants.

Dans notre hypothèse on devra donc, en principe, se reporter à la loi nationale de la femme au moment où elle va contracter mariage, pour savoir quelle modification la célébration de cette union va apporter à sa nationalité. Prendre la loi qui doit régir les époux après le mariage (loi nationale du mari, dans le cas où cette loi accorde à la femme la même nationalité qu'à son époux) ce serait faire une pétition de principe, la question étant précisément de savoir si l'épouse est devenue ressortissante de cette loi !

Si une femme haïtienne, par exemple, épousait un Français, la loi haïtienne du 10 octobre 1860 décidant que cette femme conserve néanmoins sa nationalité, il faudrait décider qu'elle n'est pas devenue française, malgré les termes de l'article 12 du Code civil. Sans doute les termes de cet article lieront les tribunaux français, mais le juge étranger, qui n'aura à se préoccuper que des principes du droit international, devra décider que cet article viole la règle que la perte de la nationalité est régie par la loi du pays dont l'individu est citoyen (1). Ce n'est que l'application du principe que nous avons posé au n° 34, que le mariage n'est pas une raison juridique de déroger, pour régler l'état des personnes, à leur loi nationale.

---

(1) Cf. Féraud-Giraud. J. D. I. P. 1885, p. 226.— Lyon, 19 mars 1875. J. D. I. P. 1876, 183.
Cass. 19 avril 1874. Id. 1876. p. 29.

Nous devrions appliquer aussi la même solution au cas où la femme, usant d'un droit que lui confère sa loi nationale, se réserve, par une disposition expresse, avant la célébration du mariage, son ancienne nationalité.

41. — Une fois la nationalité acquise par l'effet du mariage, elle l'est définitivement. La jurisprudence et certains auteurs semblent méconnaître ce principe en admettant que, par faveur, la femme française devenue étrangère par son mariage avec un étranger, peut reconquérir sa nationalité primitive en résidant en France, sans avoir besoin de faire aucune autre manifestation de volonté. C'est contraire au texte et à l'esprit de l'article 19 § 2, qui exige de sa part une déclaration formelle; ne fût-ce que pour fixer exactement le moment où s'opère le changement de nationalité (1).

42. — Si c'est la loi de la nationalité ancienne qui réglemente les conditions de perte de cette nationalité, c'est celle de la nation dans laquelle on se propose d'entrer qui pose les conditions nécessaires pour l'acquisition de la qualité de citoyen.— Ce ne peut être celle de la patrie que l'on abandonne : elle ne peut imposer de nouveaux membres à une souveraineté étrangère ! Aussi ne pourrait-on invoquer devant des tribunaux étrangers la disposition de l'article 19 de notre Code civil,

---

(1) Cf. Aubry et Rau. I. 75, note 6.
Laurent. Droit civil. I. 397.
Cass. 19 mai 1830. S. 30. I. 245. — 19 août 1844. S. 44, I. 776. — 13 janv. 1873. S. 73. I. 13.
Contra Demolombe. I. 171, etc., etc...

qui dispose qu' « *une femme française qui épousera un étranger suivra la condition de son mari.* » Ce texte ne lie évidemment que le juge français. La loi française peut bien décider que la femme qui épouse un étranger perdra sa qualité de française ; mais elle empiète sur la souveraineté étrangère, en lui attribuant la qualité de nationale du pays de son mari. La nationalité étrangère n'est pas à sa disposition !

Quand il se présentera des conflits de ce genre, c'est évidemment la loi de la nouvelle nationalité qu'il s'agit d'obtenir qui devra être consultée.

43. — Il pourra arriver dans ces hypothèses que la femme devra être considérée comme *heimathlos*, par suite de la perte de sa nationalité d'origine sans avoir acquis la nouvelle nationalité de son mari (1).

On peut se demander, dans notre espèce, quelle loi va régir le statut personnel de la femme ?

Nous croyons que la nationalité, comme le domicile, ne peut être perdue que par l'acquisition d'une nouvelle nationalité, d'un nouveau domicile. Ici, il n'y aura pas eu d'acquisition semblable, et, par conséquent, la femme continuera, pour les jurisconsultes autres que les juges de son ancienne

---

(1) Le Code civil italien a prévenu cette singularité en décidant (art. 14) que l'Italienne épousant un étranger ne perdrait sa nationalité que si elle acquérait, par le fait du mariage, celle de son mari. Il aurait fallu ajouter, pour être logique et complet, que l'étrangère épousant un Italien ne deviendrait Italienne qu'au cas de concordance de sa loi nationale avec le Code civil. Le législateur ne l'a pas fait.

patrie (aux yeux desquels elle a acquis la nationalité du mari), à être considérée comme faisant encore partie de son Etat d'origine. La loi de cet Etat l'a bien déclarée étrangère; mais elle ne pouvait le faire, la perte de la nationalité était en quelque sorte conditionnelle, subordonnée à l'acquisition de la nouvelle. Cette condition ne s'est point réalisée — la femme n'a donc point changé de nationalité.

44. — Il existe, dans certains pays, des subdivisions territoriales : provinces, cantons, etc., soumises à un Droit propre, possédant parfois une législation privilégiée à certains égards. Dans le cas de mariage avec le membre d'une de ces fractions de l'Etat, la femme acquiert, non seulement la nationalité, mais encore les droits de bourgeoisie, de canton ou de cité de son mari ; elle devient, au point de vue de son *status*, ressortissante de la loi spéciale de son époux. « Les raisons d'abdication « de la personnalité originelle sont les mêmes. La « circonstance que le fait se passe dans la même « souveraineté ne s'oppose pas à ce que l'effet juri- « dique soit identique » (1).

Par application de cette idée, la Cour de Paris a décidé que la capacité d'une femme prussienne mariée à un Franckfortois était régie par la loi romaine, applicable, en l'espèce, à Franckfort sur le Main (2).

---

(1) J. D. I. P. 1879, p. 274.

(2) Paris, août 1880. Droit, 8 août 1880. J. D. I. P. 1880. 477.

C'est ce que disait déjà Pothier (1) : « Le domi-
« cile d'une personne est aussi celui de sa femme.
« Comme la femme, dès l'instant de la célébration
« du mariage, passe sous la puissance de son mari,
« elle cesse, en quelque façon, d'avoir *propriam*
« *personam* et elle ne fait plus qu'une même per-
« sonne avec son mari. Elle perd dès cet instant son
« domicile; celui de son mari devient le sien, et
« elle devient dès ce jour sujette aux statuts per-
« sonnels du lieu de ce domicile, quoiqu'elle n'y
« soit pas encore arrivée ».

45. — Nous avons vu que le mariage putatif produisait, en faveur de l'époux de bonne foi, tous les effets du mariage régulier. On a cependant voulu faire une exception pour le changement de nationalité et l'on a dit que ce changement est subordonné à la validité de l'union conjugale; un mariage putatif ne suffisant pas pour conférer la nationalité française à l'étrangère de bonne foi qui voudrait la réclamer. « Le changement de nationalité s'opérant de plein droit et contre la volonté même de l'étrangère au cas où le mariage qu'elle contracte avec un Français est valable, on ne saurait, sans inconséquence, admettre que, lorsque le mariage est nul, l'acquisition de la nationalité française dépende uniquement de la volonté de cette étrangère, et qu'elle soit autorisée à la répudier ou à la réclamer suivant son bon plaisir » (2).

---

(1) Introduction générale aux coutumes. Chap. I. § 1er, nº 10.

(2) Aubry et Rau I, § 73, note 4.

Nous ne saurions admettre une distinction qui nous semble contraire aux articles 201, 202 C. civil, qui ne font aucune exception entre les effets du mariage. S'il est vrai que la femme puisse ne pas se réclamer de son changement de nationalité, ce n'est point une violation de l'article 12 ; on donne simplement à la femme le droit de ne pas se prévaloir de la faveur que lui accordent les articles 201 et 202.

CHAPITRE IV

OBLIGATIONS IMPOSÉES A CHACUN DES ÉPOUX

46. — « Le Code Napoléon, nous dit M. Lau-
« rent (1), traite de la dette alimentaire dans le
« chapitre qui est intitulé : des obligations qui
« naissent du mariage. Cela n'est pas tout à fait
« exact. Le devoir de nourrir et d'entretenir cer-
« tains parents, qui se trouvent dans le besoin,
« découle des liens du sang et de l'alliance qui
« imite la parenté. »

Ce que constate le grand jurisconsulte belge est vrai aussi, non seulement de l'obligation alimentaire, mais encore de tous les devoirs des époux entre eux, qui ne sont que la conséquence du lien civil et naturel qui unit les conjoints.

La nature de l'affinité conjugale, le sentiment des rapports matrimoniaux sont les mêmes, à peu de différence près, dans chaque législation ; aussi ne rencontrerons-nous en cette matière que des dissidences sans gravité et de rares conflits de lois. Nous avons déjà posé le principe d'application de la loi nationale des époux pour réglementer leurs droits et leurs devoirs respectifs, sauf, en

(1) Tome V, nº 84.

cas de conflit sur un point intéressant l'*ordre public externe*, l'application de la loi du territoire.

47. — L'union des corps et des âmes, la fondation et la perpétuation d'une famille, voilà ce que les époux se sont proposés en se mariant. Ils ont voulu s'assurer le bonheur pour l'avenir en fondant une association basée sur l'amour et la confiance ; la femme a promis l'obéissance à son mari, le mari protection à sa femme. Ces éléments essentiels des devoirs cŏnjugaux, nous devrons évidemment les retrouver dans toutes les civilisations, chez tous les peuples ! Mais, suivant l'état des mœurs de chaque nation, la sanction en sera plus ou moins énergique ; c'est pourquoi nous aurons plutôt, dans ce chapitre, à examiner des conflits de mesure et d'exécution que des conflits sur l'existence ou la nature de ces devoirs.

Les obligations des époux sont de deux sortes ; nous étudierons à part:

Les obligations communes aux deux époux (chapitre IV).

Les devoirs spéciaux au mari et à la femme (chapitre V).

OBLIGATIONS COMMUNES AUX DEUX ÉPOUX

SECTION I.

DEVOIR DE FIDÉLITÉ.

48. — Le premier des devoirs conjugaux, c'est la fidélité de l'un des époux envers l'autre. Elle

est de l'essence même du mariage, semble-t-il, et la violer, ce serait méconnaître l'engagement qu'ont pris les conjoints, en s'unissant, d'être l'un à l'autre. La communauté absolue de sentiments, la confiance et l'amour qui doivent constamment les unir ne pourraient survivre aussi pleinement et, du moins, seraient gravement atteints par un manquement au devoir de fidélité. Tous les législateurs l'ont reconnu, et s'ils n'en font pas une cause spéciale de suspension ou de rupture des rapports conjugaux, ils le font rentrer dans les cas généraux désignés sous le nom *d'injures graves*, *etc.*

Il faut remarquer néanmoins que la loi s'est souvent montrée plus sévère pour l'adultère de la femme que pour celui du mari. Si la faute est la même au point de vue de la pure morale, les conséquences en sont plus graves en fait. L'infidélité de la femme peut faire entrer un sang étranger dans la famille, et, du moins, créer un doute cruel sur la légitimité des enfants. Ces considérations, jointes à l'état des mœurs et de l'opinion publique, ont, dans presque tous les pays et à toutes les époques de l'histoire, influé sur le législateur. C'est ainsi qu'en France, avant la loi du 27 juillet 1884, l'adultère simple du mari n'était pas une cause péremptoire de séparation de corps comme celui de l'épouse ; et, qu'aujourd'hui encore, l'adultère de la femme est considéré comme un délit, alors que celui du mari, pour être punissable, doit être accompagné de la circonstance aggravante de l'entretien de la concu-

bine dans le domicile conjugal. (art. 337-339, C. pénal).

On peut se placer à deux points de vue différents pour envisager l'adultère, pour étudier les conflits de lois auxquels il peut donner lieu :

Ou bien il est la cause d'une modification dans les relations conjugales et donne lieu à l'application d'une sanction civile (Divorce et séparation de corps — déchéances pécuniaires — perte du droit aux aliments).

Ou bien il est l'élément constitutif d'un délit et donne lieu à l'application d'une sanction pénale.

49. — Considéré comme donnant lieu à une sanction civile, l'adultère doit être évidemment régi par la loi nationale des deux parties, qui est la loi du mariage, par application du principe que nous avons admis (n° 26). Il n'y a pas lieu, en règle générale, à y déroger par motif d'ordre public. Si l'on met hors de question la séparation de corps et le divorce, auxquels nous avons fait une place à part dans cette étude, on ne peut pas dire que la morale ou l'existence de la société au milieu de laquelle vivent les époux étrangers exigent impérieusement l'application de la loi territoriale, par exemple pour autoriser un refus d'aliments que la loi nationale des époux n'admettrait pas en pareil cas, ou pour le repousser si cette même loi l'admet en cas d'adultère du conjoint.

Dans ce dernier cas, cependant, il pourrait y avoir lieu à l'application de la loi territoriale dans

les pays qui n'admettent pas que la séparation de corps décharge l'époux, au profit de qui la séparation a été prononcée, de l'obligation alimentaire envers l'autre. Dans l'espèce, c'est un motif d'humanité et de morale, qu'il considère comme universel, qui a guidé le législateur. On ne saurait se soustraire, sur le territoire, à l'application d'une règle de cet ordre, en invoquant une loi étrangère.

50. — Si l'on suppose que les deux époux ont une nationalité différente, la question devient plus délicate au cas de conflit de leurs lois nationales relativement aux déchéances encourues par l'époux coupable.

Nous appliquerons ici encore notre principe général. L'époux coupable subira les déchéances édictées par la loi de chacun des conjoints. D'une part, en effet, sa propre loi nationale l'a dépouillé de certains droits vis-à-vis de son conjoint, il ne peut plus les faire valoir sous le prétexte que celui-ci n'en est pas déchargé par sa loi nationale ; il n'a plus la qualité de créancier légal. — Si l'on renverse l'hypothèse et si la loi du conjoint lésé le décharge de certains devoirs vis-à-vis du coupable, tandis que la loi de ce dernier lui maintient les droits correspondants, nous dirons que dans ce cas encore, les obligations ne subsisteront plus, car cette dernière loi ne peut imposer à un étranger la qualité de débiteur. Dès qu'il n'y a plus accord entre les deux lois nationales pour imposer un devoir aux époux, ce devoir prend fin.

51. — Si l'on considère maintenant l'adultère

comme le fait constitutif d'un délit, le conflit peut s'élever entre une loi qui ne punit pas l'infraction à la fidélité conjugale et une loi qui la châtie. Devra-t-on ici s'attacher à la loi nationale des parties ou à la loi territoriale ?

Le juge correctionnel devra appliquer sa loi nationale. Toutes les lois concernant la police et la sûreté (et les lois pénales en font partie au premier chef) rentrent dans les dispositions d'ordre public international et sont *réelles*. Ajoutons qu'il pourra y avoir une exception, à raison du principe qu'en matière de délits, les faits ne sont punissables qu'autant que la loi du lieu où ils ont été commis les considère comme des infractions à la loi pénale et les frappe comme tels. Le juge devant qui on invoquera la *lex fori* se trouvera donc quelquefois en présence d'une règle analogue à celle de l'art. 5, § 2 de notre Code d'Instruction criminelle.

C'est ainsi qu'un Français, commettant à l'étranger un adultère dans les conditions de l'art. 339, C. P., non puni par la loi du territoire, ne sera pas punissable à son retour en France. A l'inverse, une épouse étrangère pourra poursuivre son mari en France, en vertu de l'art. 339, si les faits se sont passés sur notre territoire, et alors même que leur loi nationale ne punirait en aucune manière les infidélités du mari.

52. — On serait peut-être tenté d'objecter le caractère tout relatif du délit, qui emprunte sa gravité non pas au fait matériel lui-même, mais à la circonstance que le coupable est marié. —

L'injure faite au conjoint, l'infraction aux devoirs conjugaux, pourrait-on être tenté de dire, doivent être appréciées d'après la loi qui régit ces devoirs (1). Et on ajouterait que dans la loi française, en particulier, le châtiment de l'adultère est si bien considéré comme une sorte de réparation, une satisfaction accordée à l'époux lésé, que la poursuite a un caractère permissif, qu'elle est enfin subordonnée à sa plainte et qu'il peut l'arrêter (2) !

Ce serait faussement envisager la peine infligée à l'adultère que de la considérer comme une sorte de droit accordé à l'autre conjoint. Ce sont les mêmes considérations d'ordre et de morale universelle que pour les autres infractions, qui ont conduit le législateur à frapper ce délit spécial. Il y a par conséquent les mêmes raisons d'appliquer la loi territoriale. Quant au droit laissé au

---

(1) M. Brocher. Rapport à l'Instit. de dr. int. privé. Ann. de l'Inst. 1880, I. p. 70-71. « C'est tout particulièrement à la patrie qu'il incombe de protéger ces rapports contre les causes de perturbation qui pourraient les atteindre à l'étranger »..... « Peut-être pourrait-on dire que les nationaux dont l'état civil et politique reste soumis à la loi politique et civile de la patrie, doivent également être régis par les dispositions pénales servant, en quelque sorte, de complément à cette dernière. » Mais il faut bien remarquer que ce ne sont là que des thèses à soumettre aux législateurs, non pas des principes que l'auteur propose pour la solution des conflits entre les lois actuellement en vigueur.

(2) Art. 336-337, § 2, C. P. Cf. C. pénal allemand, § 172. « L'adultère, lorsqu'il aura entraîné le divorce sera puni « à l'égard du conjoint coupable et de son complice, d'un « emprisonnement jusqu'à six mois. — *La poursuite « n'aura lieu que sur demande.* »

conjoint d'autoriser la poursuite ou de la suspendre, il ne modifie en rien le caractère de l'infraction. C'est une disposition de faveur pour un innocent que l'on ne veut pas faire pâtir injustement de la faute d'autrui, et qui, dans l'état de nos mœurs, souffrirait plus que le coupable du scandale d'un procès en adultère; au fond, ce conjoint n'a pas le droit de poursuite, mais le droit de l'empêcher ou de la suspendre, ce qui est bien différent.

Dans notre opinion, nous n'avons pas à nous préoccuper du cas où les époux sont de nationalité différente, la solution reste la même.

53. — La bigamie, comme l'adultère, est une infraction au devoir de fidélité; mais elle est encore plus grave en ce qu'elle implique, de la part de l'auteur, une perversité plus grande, un mépris plus profond et plus persistant des devoirs et de la dignité du mariage. Enfin, elle blesse les instincts les plus intimes et les plus chers des sociétés qui sont fondées sur le respect de la famille, et qui considèrent que la monogamie est de l'essence même de l'institution du mariage.

Pour toutes ces raisons, les nations chrétiennes, à l'encontre des peuples mahométans, ont fait de la bigamie non pas seulement un délit, mais un crime. Elle sera donc passible des peines édictées par la *lex fori*. Mais il faudra évidemment, pour constituer l'infraction, qu'il y ait eu deux mariages dont le second aurait été pleinement valable sans l'existence du premier mariage régulier (1).

---

(1)Cf. le cas de M. Crispi. J. D. I. P. 1878, p. 556, sqq.

54. — Contrairement à ce que nous avons constaté tout à l'heure à propos de l'adultère, le Français, coupable de bigamie à l'étranger, même en pays d'islam, sera passible en France des pénalités de l'art. 340. C. P. cbn. art. 5, § 1 et 2, Code Inst. crim.

Quant à l'étranger qui, durant un premier mariage, s'est remarié irrégulièrement en pays étranger, il ne pourrait être poursuivi en France pour bigamie s'il venait s'y établir seul ou avec sa première femme (1) ; mais s'il venait s'y établir avec sa seconde femme pendant la vie de la première, il commettrait, en notre pays, le crime de bigamie et pourrait être condamné de ce chef. Ce n'est pas tant la célébration solennelle du mariage bigame qui est punie, que l'état de mariage, en apparence régulier, par lequel les parties cherchent à tromper sur leur véritable situation (2).

---

(1) Art. 7, code Inst. crim.

(2) On a prétendu que la bigamie, étant constituée essentiellement par le fait même de la célébration du 2e mariage pendant l'existence d'un premier, n'est pas un crime continu, successif, qui se perpétue à chaque instant, durant aussi longtemps que l'une des deux unions ne sera pas dissoute. Dans cette opinion, on en conclut entr'autres que la prescription de l'action publique courra à compter du jour de la célébration. Résultat bizarre, qui permettra au bigame de vivre tranquillement entre ses deux épouses après dix ans d'impunité ! (Cf. Blanche. Etudes pratiques sur le code pénal, tome V, nº 227. Cour de cassation, 5 septembre 1842.)

Nous repoussons ce système et nous pensons que c'est bien plus l'ÉTAT de bigamie que le législateur a considéré et voulu punir comme un crime, qu'il a voulu prévenir

55.— Mais on ne pourrait poursuivre en France, comme bigame, un musulman qui, en conservant sa nationalité, viendrait s'y établir avec ses femmes. Les mariages sont valables d'après la loi des parties et du territoire sur lequel ils ont été contractés. Un spectacle de ce genre serait, il est vrai, un scandale dans un pays civilisé, mais le gouvernement aurait le droit d'user de son pouvoir d'expulsion.

Nous pensons même qu'il n'y aurait pas crime de bigamie dans le cas où un étranger musulman se serait marié en France, avec une Française, pendant la vie d'une ou plusieurs de ses femmes musulmanes; le mariage serait nul comme contraire à l'ordre public du pays de sa célébration ; mais il manquerait un élément essentiel pour constituer le crime de bigamie : l'existence d'un précédent mariage incompatible avec une seconde union, d'un mariage monogame. — Ce n'est pas là, croyons-nous, faire échec à la loi territoriale. Si, pour frapper une infraction à la loi pénale, il faut se reporter à la *lex fori*, pour apprécier les éléments constitutifs de l'infraction il faut se reporter à la loi applicable à chacun d'eux. Par conséquent, dans notre espèce, le premier ou les premiers mariages du musulman doivent être caractérisés, quant à leur nature, d'après la loi nationale

---

par des châtiments sévères, que le simple fait de faire célébrer un mariage inexistant selon les lois. En perpétuant l'état, on perpétue donc le crime, ce qui justifie notre solution.

des parties, c'est-à-dire d'après la loi de l'islam, qui n'interdit pas la pluralité des femmes.

56. — Si un individu marié en pays chrétien se fait ensuite naturaliser en pays mahométan et y épouse, pendant la vie de sa première femme, une ou plusieurs mahométanes, sera-t-il passible des peines de bigamie s'il revient dans son pays d'origine ?

La question ne fait pas de doute dans le cas de fraude ; son dol ne saurait le soustraire à la juste rigueur des lois. Mais *quid* dans le cas d'une naturalisation sérieuse ? D'après la nouvelle loi nationale du naturalisé, le second mariage sera valable, nonobstant le premier. On ne peut pas dire qu'il y ait bigamie, c'est-à-dire deux mariages incompatibles (1), ou qu'il y ait adultère, puisque ses relations avec sa nouvelle femme sont légitimes. Il n'y aura donc pas lieu à l'application des peines de l'adultère ou de la bigamie. L'ancien mariage ne sera pas dissous, mais la loi nationale de la femme abandonnée verra certainement, dans une pareille situation, une cause de divorce ou de séparation de corps ; et le gouvernement chrétien ne tolérera pas sur son territoire des relations aussi contraires à l'ordre moral de ses nationaux et il usera de son droit d'expulsion.

---

(1) S'il n'y avait pas de naturalisation, l'individu marié avec une musulmane, du vivant de sa première femme, chrétienne, serait punissable à son retour dans sa patrie Cf. Brocher. Rapport à l'Institut de Droit international privé. Sess. de Paris. Annuaire de l'Inst. 1880. tome I. p. 71. — Cf. également art. 5, § 1, code Inst. crim. français.

SECTION II.

OBLIGATION ALIMENTAIRE.

57. — Les époux se doivent l'un à l'autre des aliments, c'est-à-dire tout ce qui est nécessaire à la vie : le logement, le vêtement, etc..., aussi bien que la nourriture. A notre connaissance, il n'existe aucune législation qui n'impose aux époux une obligation si naturelle, si conforme à l'essence même des relations qui doivent exister entre eux. Il peut cependant s'élever des conflits sur la quotité des aliments, sur les circontances qui, dans certaines législations, peuvent constituer une fin de non recevoir à la demande d'aliments (refus du devoir conjugal — refus de cohabiter, etc., etc.).

L'obligation alimentaire est aussi imposée, par la plupart des lois, non seulement aux époux mais aux alliés. C'est là un effet du mariage, qui crée, entre les parents naturels de l'un des époux et son conjoint, une sorte de lien de parenté *sui generis*, en quelque sorte *civile* : l'alliance. En cette matière il peut s'élever des conflits sur l'existence du devoir alimentaire.

58. — Si les époux ont la même nationalité, il faudra appliquer, en vertu de notre principe général, la loi organique du mariage, c'est-à-dire leur loi nationale — Même solution, si les alliés et l'époux auquel ils réclament des aliments ont la même patrie.

Si, au contraire, l'époux, les alliés ont une nationalité distincte de celui auquel ils s'adressent pour obtenir des aliments, nous appliquerons ici,

en cas de conflits entre les lois nationales des uns et des autres, la loi la moins onéreuse pour le débiteur (v. n° 34). Comme le fait remarquer M. Laurent (1) : « En principe il n'y a de dette « que par un concours de consentement du créan- « cier et du débiteur ; dans l'espèce, ce concours « de volontés est remplacé par la loi. Mais la loi « italienne peut bien stipuler pour le créancier « italien, elle ne peut pas obliger le débiteur fran- « çais ; pour que celui-ci soit tenu, il faut que la « loi française l'y astreigne et tienne lieu de son « consentement... »

59. — On a contesté, dans notre cas, l'application de la loi nationale des parties, et on a invoqué le statut réel, par un motif d'ordre public externe (2). Il est certain que dans l'hypothèse où une législation ne sanctionnerait pas l'obligation de se fournir des aliments entre époux, *sans motif*, il y aurait violation d'une règle de morale universelle et d'humanité. La législation territoriale pourrait subvenir sur ce point à une lacune législative de cette nature, et obligerait les époux, même étrangers ; mais nous avons vu que cela ne se présente pas en pratique. Quand une législation

---

(1) loc. cit. V. § 94.

(2) Aubry et Rau. I. § 31, n° I. « Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire français, même les étrangers qui ne s'y trouvent que passagèrement. Ainsi un étranger peut, en vertu de la loi française, être condamné en France à fournir des aliments à des parents ou alliés auxquels ils n'en devrait pas d'après les lois de son pays. »

tolère le refus d'aliments entre époux, c'est pour un motif sérieux : par exemple parce que l'un des époux refuse de remplir ses devoirs conjugaux. C'est là un moyen de coërcition qui est bien du ressort de la loi nationale !

De même de l'obligation alimentaire envers les alliés ; la nature de ce lien de parenté n'implique pas, à un aussi haut degré, le devoir de les entretenir qu'en ce qui concerne les parents naturels. On conçoit fort bien qu'une législation puisse en dispenser sans offenser la morale universelle. Il ne faudrait cependant pas être trop absolu sur ce point ; c'est là une question de mœurs, de civilisation, d'organisation de la famille qui doit être laissée à l'appréciation du juge territorial — et qu'il serait dangereux de trancher *à priori* et *in abstracto*.

60. — De même que l'existence du devoir alimentaire, son mode d'exécution doit être réglementé par la loi nationale de chacune des parties la moins onéreuse pour le débiteur. C'est ainsi que si la loi du créancier d'aliments ou celle du débiteur donne le choix au débiteur de fournir les aliments, ou de prendre et d'entretenir chez lui l'époux ou l'allié, le débiteur aura le choix. Si c'est la loi de ce dernier qui donne l'option, le créancier ne peut avoir plus de droits sur le débiteur que lui en accorde la loi de ce dernier — si c'est la loi du créancier, celui-ci n'a qu'un droit alternatif, au choix du débiteur — il ne peut exiger plus de choses que ne lui en accorde sa propre loi !

61. — La jurisprudence française reconnaît comme une suite nécessaire du devoir alimentaire des époux, l'obligation pour le mari de payer les fournitures faites à sa femme, bien que celle-ci n'habite pas avec lui, si elle ne peut être réputée avoir refusé de réintégrer le domicile conjugal (1).

A l'étranger, il faudrait obliger de même le mari français envers sa femme, qu'elle soit française ou étrangère.

Généralisant cette idée, nous dirons que la *sanction civile de l'obligation alimentaire devra être réglée d'après la loi nationale du débiteur.*

Nous donnons ici une solution différente de celle que nous avons donnée relativement aux dispositions réglant l'existence, la mesure et le mode d'exécution du devoir alimentaire et en général, de toute obligation légale. C'est que la sanction n'est pas plus, à proprement parler, un droit donné par la loi au créancier, qu'une obligation imposée au débiteur; c'est un moyen de coercition contre un débiteur récalcitrant; le mieux approprié à sa nature, à son caractère, à ses mœurs sera évidemment celui que donne sa propre loi nationale. Ce n'est pas non plus un moyen de

(1) Cf. New-York. Une loi du 21 mai 1878. Ann. lég. ét. 1879, p. 708. — Confère au surintendant des pouvoirs le droit de saisir et de faire vendre par autorité de justice tout ou partie des biens que le père, la mère ou le mari disparus en abandonnant leurs enfants ou sa femme, ont pu laisser derrière eux. Le prix, dettes payées, ainsi que les amendes infligées au chef de famille, est affecté à l'entretien de la famille abandonnée.

procédure (dans ce cas, nous devrions donner compétence à la *lex fori*). La sanction n'est au fond que le complément et l'accessoire de l'obligation légale, il est juste qu'elle soit régie par la même loi qui impose l'obligation ; or nous avons vu que c'était toujours la loi du débiteur qui était la *source* de son devoir légal (n° 34, note).

62. — Certaines lois punissent même correctionnellement le refus des aliments au conjoint (1). Dans ce cas, ce sera évidemment la loi territoriale qui sera applicable.

La loi qui impose le devoir alimentaire peut avoir aussi un caractère réel et obligatoire pour tous ceux qui résident sur le territoire, si elle a pour but, en imposant cette obligation, de décharger d'autant les communes ou l'Etat. C'est une loi économique dans le genre de celle sur la taxe des pauvres.

Ce sont là, du reste, des exceptions qui n'infirment en rien la règle générale.

SECTION III

DEVOIR DE COHABITATION

63. — Toutes les législations ayant adopté à peu près les mêmes dispositions en cette matière, nous n'aurons à constater que peu de conflits. Quel-

---

(1) Massachussets. Chap. 176, L. 17 avril 1885, Annlég. ét. 1886, p. 622.

« Quiconque néglige sans motif de pourvoir à l'entre-
» tien de sa femme ou de son enfant mineur peut être
» puni d'une amende de 20 dollars au plus, et d'empri-
» sonnement de 6 mois au plus dans une maison de cor-
» rection...»

ques-unes autorisent les époux à se délier conventionnellement de ce devoir. Nous en reparlerons à propos de la séparation de corps.

Les principales difficultés naîtront de la divergence des lois sur le mode de sanction, et nous ne pourrons que répéter ici ce que nous avons déjà dit à propos du devoir de fidélité. Il s'agit de l'élément national propre à chaque peuple en particulier ; la loi organique du mariage, c'est-à-dire le statut personnel des parties, devra être appliquée. Mais il faut remarquer que ce principe sera souvent mis en échec pour des raisons tirées de l'ordre public externe ; par exemple, parce que cette loi donnera à ses ressortissants des moyens de coercition considérés par la loi territoriale comme contraires à la liberté humaine, ou comme un empiétement sur les attributions de l'autorité judiciaire ou administrative.

Ainsi, on ne tolérerait pas qu'un mari anglais tînt sa femme en chartre privée sur le territoire français.

64. — D'après le code civil italien, art. 133, « L'obligation du mari de fournir des aliments à « sa femme cesse quand celle-ci, s'étant éloignée « sans justes motifs du domicile conjugal, refuse « d'y rentrer. » Il n'y a rien de contraire à l'humanité dans une pareille mesure, le refus du mari étant basé sur l'oubli des devoirs de la femme, et devant cesser avec l'insoumission de celle-ci, n'a rien de blessant pour la morale (1).

(1) Le droit du mari de refuser des aliments à sa femme dans de pareilles circonstances n'est pas seulement un

Dans certaines législations, la femme n'est obligée de cohabiter avec le mari que si celui-ci lui fournit un logement en rapport avec la situation qu'ils occupent dans la société. En ce cas aussi, nous appliquerons la loi organique du mariage telle que nous l'avons établie au n° 34. Loi nationale des époux, ou statut personnel de la femme suivant qu'ils auront ou non une même nationalité.

65. — L'obligation de cohabitation peut être sanctionnée encore autrement que par des déchéances pécuniaires. En premier lieu, la loi nationale des époux peut donner au conjoint abandonné, le droit d'user de la force publique pour obliger l'autre à réintégrer le domicile conjugal ou à l'y recevoir. Il est évident qu'on ne pourrait requérir à cet usage la force militaire d'un pays dont la loi ne reconnaît pas un semblable droit ; mais que devra-t-on décider si la loi territoriale est conforme à la loi nationale des conjoints ? A première vue, il semble étrange de mettre ainsi la force publique à la disposition d'un étranger ; mais il faut remarquer qu'elle ne se mettra en mouvement que sur un ordre, provoqué, il est

---

moyen de coercition pour lui rappeler son devoir, c'est en même temps une réparation, dans la mesure du possible, pour le mari, qui ne peut être tenu à remplir ses obligations vis-à-vis de l'épouse qui ne remplit pas les siens. Aussi, bien que nous appliquions à notre hypothèse la loi du mari, ne sommes-nous pas en contradiction avec la solution donnée au n° 61, qui suppose l'hypothèse d'une *sanction* pure et simple.

vrai, par l'étranger, mais émanant de la juridiction administrative ou judiciaire du territoire. C'est l'un des cas où la *manus militaris* vient en aide aux intérêts privés : elle doit protection aussi bien aux étrangers, sur le territoire, qu'aux nationaux.

Nous serions même d'avis de l'accorder à et contre l'étranger dont la loi nationale ne reconnaît pas un tel emploi de la force publique. Il ne s'agit pas ici, en effet, d'un droit ou d'un devoir réglementé par la loi nationale des parties, mais d'une mesure de procédure, d'exécution, qui doit être régie par la loi du territoire où s'exercent les poursuites. Ajoutez cette autre raison qui justifie la compétence du statut territorial, en notre matière, que dans un Etat quelconque, on n'autorisera l'emploi de la *manus militaris* que pour le maintien des règles d'*ordre public*.

Dans le cas de sanctions purement pénales, il y aurait lieu, à plus forte raison, à l'application des dispositions du statut réel. C'est un point qui ne fait pas doute et qui ne soulève aucune discussion.

66. — De l'obligation de cohabitation, résulte pour les époux la règle de l'*unité de domicile* qui est généralement admise.

Là où le mari a sa demeure permanente, son *home*, son principal établissement, il est naturel de dire que la femme est établie, puisque l'obligation de vie commune lui en fait un devoir. Il ne faudrait cependant pas exagérer cette idée ; de ce que le mari doit recevoir sa femme et résider avec elle, ne résulte logiquement que la commu-

nauté de résidence. Des considérations tirées de la subordination de la femme au mari dans l'ordre pécuniaire ont fait décider qu'elle était censée avoir le centre de ses affaires au même endroit que lui (1).

Le mariage implique tellement l'idée de l'unité de domicile entre époux, que l'on décide en France que « l'autorisation accordée à un étranger d'établir son domicile en France, s'étend virtuellement à sa femme... » (2).

67. — Si les époux ont la même nationalité, il n'y a pas de difficulté, mais s'ils ont une nationalité distincte, et que la femme appartienne à un pays dont la loi l'autorise à avoir un domicile à part, voire même un domicile légal (chez un tuteur par exemple), quelle loi appliquer ?

Il s'agit d'une question intéressant évidemment l'état de la femme, nous appliquerons donc son statut personnel. La loi nationale du mari ne peut imposer une obligation de ce genre à une femme étrangère !

---

(1) Pothier. Introduction générale aux coutumes, ch. I § 1, n° 10. — « Le domicile d'une personne est aussi celui « de sa femme. Comme la femme, dès l'instant de la célé- « bration du mariage, passe sous la puissance de son « mari, elle cesse, en quelque façon, d'avoir *propriam* « *personam*, et elle ne fait plus qu'une même personne avec « son mari. Elle perd dès cet instant son domicile ; celui de « son mari devient le sien, et elle devient, dès ce jour, « sujette aux statuts personnels du lieu de ce domicile, « quoiqu'elle n'y soit pas encore arrivée. »

(2) Aubry et Rau, I § 79, p. 313. Bordeaux 14 juillet 1845, S. 46, 2, 194.

SECTION IV

DEVOIR D'ASSISTANCE.

68. — Il consiste dans le dévouement que les époux doivent se prodiguer entre eux ; ils doivent se consoler, se soutenir, s'entr'aider dans le malheur, comme ils doivent partager leurs joies. — Il dérive de l'affection conjugale, « la plus vive et la plus intense des affections, » comme le dit M. Laurent, et de la morale, beaucoup plus que du droit ; et elle est plus du ressort de l'opinion publique que des décisions judiciaires.

Il est bien rare que des devoirs de cet ordre soient reconnus et précisés dans les lois positives (1). Leur violation rentre plutôt dans la ca-

---

(1) Citons cependant Massachussets, art. 199. Ann. lég. ét., 1878.

« Quand une femme aliénée est abandonnée par son mari, ou que celui-ci ne lui fournit pas une pension suffisante...., la Cour supérieure de justice peut, sur la requête du tuteur ou d'un ami de la femme, prendre telles mesures qu'elle jugera convenables pour l'entretien de cette femme par le mari, etc. »

S'il existait à l'étranger des juridictions ayant compétence pour rendre de pareilles décisions, on pourrait appliquer cette disposition à un mari national du Massachussets alors même que sa femme aurait une autre nationalité. Il ne s'agit pas en effet ici d'un droit de la femme, mais d'un moyen de coercition, d'une *sanction*, à l'égard du mari, pour le forcer à remplir ses devoirs, et applicable seulement dans la limite de ses devoirs, Cf. ce que nous avons dit au nº 61.

tégorie des injures graves, et n'est guère prévue et punie par le législateur que comme telle. D'ailleurs les solutions que nous avons adoptées pour le devoir de cohabitation seraient ici applicables en tout point.

CHAPITRE V.

SUBORDINATION DE LA FEMME AU MARI.

69. — La seconde catégorie des devoirs conjugaux comprend les obligations unilatérales des époux. Elles comprennent : le devoir de protection du mari vis-à-vis de sa femme, — le devoir d'obéissance de la femme envers son mari.

Pour déterminer l'étendue du devoir du mari, nous appliquerons la loi nationale des époux; et pour régler la sanction, quand il y en a une, les principes déjà exposés à propos de la cohabitation.

70. — C'est le 2e de ces devoirs qui nous retiendra le plus longtemps. L'obéissance de la femme envers le mari est basée sur la nature même du mariage et des relations conjugales. Quoiqu'en pensent certains publicistes (1), l'égalité absolue des époux dans le mariage est un idéal irréalisable en pratique. La loi doit prévoir les divergences d'opinion qui peuvent éclater dans la société conjugale et éviter des conflits, insolubles dans la doctrine de l'égalité. Il est, dès lors, naturel de reconnaître une certaine suprématie à celui que sa situation et ses attributions désignent comme

(1) Cf. notamment Laurent, V. n° 32, sqq.

l'élément actif de la famille ; celui qui la soutient par son travail, et que son éducation a mieux préparé à la gestion d'un patrimoine. Ce n'est pas écarter complétement la femme du conseil de la famille ; la pratique quotidienne nous montre que la puissance maritale laisse encore une large place à son influence, tout comme l'autorité énorme du mari romain n'empêchait point l'épouse de tenir le premier rang, et le plus honoré, dans la famille.

Quoi qu'il en soit, nous devons constater que les législations modernes, bien que différant par quelques détails, ont toutes adopté le principe de la puissance maritale.

71. — Cette autorité se manifeste de deux façons.

a) Sur la personne de la femme. — En ce sens que le mari a le contrôle de ses actes, la direction de sa conduite, le droit de choisir le domicile, la résidence, quelquefois même la nationalité commune, le pouvoir de châtiment, etc. C'est l'exercice direct de sa suprématie.

b) Sur la capacité de la femme au point de vue des actes pécuniaires. — La femme ne peut, en principe, faire aucun acte pécuniaire sans l'assentiment de son mari (1). Sous ce rapport, le régime matrimonial adopté par les époux peut augmenter ou restreindre cette capacité de la femme sans jamais la lui accorder complétement. Nous aurons à distinguer l'incapacité qui provient de cette source, incapacité *conventionnelle* en quelque

(1) Nous constaterons cependant des principes différents dans les législations anglaises et italiennes.

sorte, de l'incapacité *légale*, suite et conséquence de la puissance maritale. Cette dernière seule nous occupera : c'est l'usage indirect du pouvoir marital.

72. — a. — *Exercice direct de l'autorité du mari sur la personne de sa femme. — Les deux époux ont même nationalité.*

La hiérarchie entre les époux est une suite de leur *status*, par conséquent doit être soumise à leur loi nationale.

73. — M. Pasquale Fiore (1) a vu ici une question intéressant la moralité et la discipline de la famille ; et, sous prétexte qu'en cette matière les bonnes mœurs sont intéressées à la stabilité et à l'économie du pouvoir familial, il applique la *lex fori*.

Nous croyons que le fondement même de cette opinion est erroné. La réglementation de la moralité et de la discipline domestiques, de même que les rapports hiérarchiques des époux, sont modelés sur le caractère et surtout sur l'éducation nationale des individus. C'est la loi nationale qui est par conséquent la plus compétente pour ordonner, au mieux de tous les intérêts, les mesures nécessaires au bon ordre et à la prospérité matérielle, autant qu'à l'intégrité morale de la famille de ses ressortissants. La loi territoriale n'est pas chargée de la réglementation interne de la famille des étrangers, et, aucun intérêt social n'étant

(1) Op. cit. § 108-109.

en jeu, ce serait une atteinte inutile à la souveraineté étrangère et à la liberté des individus que de leur imposer une loi qui ne serait pas en rapport avec leurs mœurs. Il n'y a donc pas de raison spéciale pour déroger ici au principe général que nous avons posé pour régler les rapports des époux de même nationalité.

74. — Il faut, bien entendu, restreindre l'application de la loi organique du mariage dans les limites des droits qui ne seraient pas contraires à la notion de *l'ordre public international*, notamment aux dispositions des lois de police et de sûreté en vigueur sur le territoire ; on ne tolérerait pas en France, par exemple, qu'un mari Anglais infligeât à sa femme des châtiments corporels (1) ; ou qu'un Turc sequestrât son épouse d'une façon absolue ! Notre conception de la dignité de la femme et de la liberté individuelle s'étend au genre humain tout entier, sans distinction de nationalités, et de pareils abus, s'ils ne violent pas nos lois pénales, choquent trop nos idées morales pour que nous puissions les tolérer sur nôtre territoire.

75. — *Les époux ont une nationalité différente.* — Il faut appliquer le statut personnel de chacun des époux ; mais il s'élève une difficulté spéciale au cas où leurs lois ne concordent pas sur les pouvoirs accordés au mari. Quelle sera la législation compétente en pareil cas ?

---

(1) Story. Conflict of laws, p. 221, § 189. Il cite comme autorité Fergusson. On mariage and divorce, p. 399, art. 361.

On serait peut être tenté de dire que la puissance maritale étant instituée dans l'intérêt du mari, c'est par l'application de sa propre loi qu'il faut résoudre le conflit.

A cela, il y a deux objections à faire :

En premier lieu, ce n'est point, en général, par faveur pour le mari que les législations modernes lui accordent une autorité plus ou moins étendue sur la personne de sa femme ; mais bien plutôt par mesure d'ordre et dans l'intérêt de la famille tout entière.

Dans le cas où ce serait l'esprit de la loi nationale du mari, comme nous l'avons déjà fait remarquer, cette loi ne saurait imposer à des étrangers, par faveur pour ses ressortissants, des obligations, des devoirs, auxquels leur statut personnel ne les soumet pas à raison de leur état (d'époux, de fils, etc.).

76. — En réalité la subordination de la femme au mari est une partie de son *status*, un effet de sa qualité de femme mariée.

C'est sa loi nationale qui doit la régir, et elle seule.

Il n'y a pas de difficulté si cette loi est moins rigoureuse que celle du mari. Mais quid si elle l'est davantage c'est-à-dire si elle accorde au mari plus de pouvoir que le statut personnel de celui-ci.

Nous devons faire une distinction : Si la législation de la femme n'a eu en vue, pour régler la dépendance dans laquelle elle doit être vis-à-vis de son époux, que l'intérêt bien entendu de la famille, elle devra être appliquée dans son inté-

gralité. Nous repousserons donc ici le principe posé n° 34. Il ne s'agit pas, en effet, de droits et d'obligations ; mais d'une véritable question de capacité. La loi, pour régler la situation de la femme mariée, a, par hypothèse, modelé ses dispositions d'après l'intelligence, les habitudes, l'éducation de ses ressortissantes. Moins elles seront aptes à profiter de la liberté de leurs actions, plus le pouvoir marital devra être étendu. L'intérêt de la famille exige, dans notre espèce, que le pouvoir du mari soit réglé par le législateur qui connaît le mieux le moral de la personne placée sous puissance.

Mais si la loi de la femme n'a eu en vue, en édictant le pouvoir de l'époux, que de favoriser le mari, nous n'aurons plus de motif de repousser ici l'application de notre principe général. Du moment qu'il ne s'agit plus de déterminer une véritable incapacité chez la femme, mais de reconnaître des droits au mari, nous dirons que la loi nationale de la femme ne peut conférer au mari la qualité de créancier à raison de son *status* ; et elle sera limitée sous ce rapport, par les dispositions de la loi du mari.

La raison de ces distinctions et de cette différence tient, en résumé, à ceci. Dans la première hypothèse, il s'agit de régler les conséquences de l'état de la femme ; dans la seconde, les droits résultant de l'état du mari. Bien que dans les deux cas la puissance maritale porte le même nom, en réalité, il y a bien deux institutions distinctes, d'essence et de nature toutes différentes.

77. — b. — *Influence de la puissance maritale sur la capacité de la femme, au point de vue des actes pécuniaires.* — Dans le domaine des actes pécuniaires, la suprématie maritale a un fondement moins nécessaire et moins universel, peut-être, que dans le domaine moral de la conduite et de la façon de vivre de la femme. Il peut se faire que les actes de gestion de ses biens, par la femme, n'influent en rien sur les droits pécuniaires du mari. Cela dépendra souvent du régime matrimonial et de la répartition des biens entre les époux.

Néanmoins on conçoit difficilement qu'une législation puisse écarter absolument le mari des actes de disposition accomplis par sa femme. L'intérêt de la famille est engagé, au moins indirectement, à la bonne administration de son patrimoine. Si elle se ruine, le mari devra supporter seul la charge de l'entretien de la famille. — Et, au point de vue purement moral, ne serait-il pas téméraire d'affirmer que le mari ne doit point avoir le droit de contrôler les relations, même de pur intérêt pécuniaire, que sa femme peut avoir avec les tiers ; de l'empêcher de se dépouiller à leur profit, ou même de s'enrichir, peut-être aux dépens de son propre honneur ?

Aussi peut-on affirmer qu'aucune législation moderne n'a complétement dépouillé le mari de ses pouvoirs sur la femme en cette matière. Partout, l'épouse est, à un plus ou moins fort degré, incapable d'accomplir, sans l'autorisation ou l'assistance de son mari, certains actes pécuniaires ;

mais, suivant la nature des diverses lois, cette incapacité revêt un caractère différent, et nous avons à les analyser pour rechercher les principes de solution des conflits qui peuvent naître de leurs divergences.

78. — L'incapacité de la femme ne doit pas être confondue avec le pouvoir d'administration qu'elle peut avoir abandonné, par son contrat de mariage, à son mari, sur ses propres biens. Elle est une conséquence de la puissance maritale, par conséquent une suite de son état de femme mariée ; elle peut varier, comme nous le verrons, avec les changements d'état provenant d'une naturalisation à l'étranger ; tandis que le pouvoir que le mari tient du contrat de mariage ne peut plus, en général, être modifié par la suite, et participe du caractère d'irrévocabilité du contrat de mariage. — Nous n'avons à traiter, d'après les limites que nous nous sommes tracées, que de la *capacité* de la femme mariée.

79. — *Les deux époux ont la même nationalité.* — On a voulu écarter, en ce cas, l'application du statut personnel, parce que, a-t-on dit, la puissance maritale a été instituée dans une idée de bienséance ; pour éviter qu'une femme mariée « n'ait communication d'affaires avec autrui sans « le scu et sans le congé de son mari (1) ; » par conséquent dans une idée d'honnêteté publique

(1) Guy Coquille. Obs. sur la coutume du Nivernais, chap. 23. art Ier.

intéressant les bonnes mœurs. Dans ces conditions, la loi applicable serait la loi territoriale (1).

Nous ne saurions partager cette manière de voir. La morale universelle, non plus que l'intérêt économique du pays où résident les époux étrangers, ne sont intéressés à ce que la femme ait ou non besoin, pour contracter, de l'autorisation maritale. Au fond, le législateur, en restreignant la capacité de la femme, a eu en vue l'intérêt de la famille et aussi l'intérêt moral du mari. Il veut protéger l'un et l'autre, mais seulement la famille de ses nationaux. Que lui importent les étrangers ! C'est donc la loi organique du mariage, c'est-à-dire la loi nationale des époux qui est ici applicable.

Telle était la doctrine des statutaires ; avec cette différence toutefois qu'ils réglaient le statut personnel des individus d'après la loi du domicile (2).

---

(1) Merlin. Rép. additions V° Effet rétroactif. Sect. III, § 2. art. V n° III. Cf. Dalloz. Rep. V° Lois § 394 — Cass. 17 juillet 1833. S. 1833. I. 633.

(2) Bouhier. Obs. sur la coutume de Bourgogne, XXIV. 31-33.

Cass. 20 avril 1869. S. 69. I. 356.

Seine. 5 août 1881. La Loi 12 août 1881.

Décisions nombreuses de jurisprudence dans le journal de Droit International privé : 1879, p. 62 et 273 — 1880, p. 435 et 186 — 1882, p. 619, etc., etc.

Trib. de comm. de Saint-Pétersbourg — eod. 1874, p. 146. Cf. p. 128.

La jurisprudence anglo américaine applique également le statut personnel à notre hypothèse — tout en le réglant d'après la loi du domicile.

Cf. J. D. I. P. 1874, p. 315-318. Id. 1880. p. 186.

80. — Dans certaines législations, les femmes même non mariées sont incapables toute leur vie, le mariage ne modifie en rien leur situation, si ce n'est que le mari devient leur tuteur (1). Dans cette hypothèse c'est, sans difficulté, la loi nationale de la femme qui doit régler son état et sa capacité ; cette loi considérant que le sexe est une cause d'incapacité *naturelle ;* mais on a prétendu (2) que l'incapacité de la femme étant, dans les autres législations, une pure création artificielle de la loi, et ne correspondant pas à une réelle infériorité d'esprit, la loi nationale ne devrait pas ici s'étendre hors de son territoire ; et que la femme ne saurait s'en prévaloir à l'encontre de ceux qui auraient traité de bonne foi avec elle, sous l'empire d'une loi admettant la validité d'un acte semblable.

---

(1) Dans les législations scandinaves, (Suède-Norwège, Danemarck, Islande) les femmes sont toute leur vie incapables ; filles, elles ont un tuteur ; mariées, le mari a sur elles la puissance maritale ; veuves, elle sont en curatelle — Une loi suédoise du 11 décembre 1874, sans apporter de changement essentiel à l'ancienne législation, donne seulement plus d'extension à la liberté des conventions matrimoniales. La femme peut conserver l'administration de ses biens. Mais s'il n'y a pas de contrat elle reste soumise à l'ancienne législation. Ann. lég. ét. 1875. p. 567.—

Une loi du 5 juillet 1884 supprime la tutelle perpétuelle des femmes en Suède. Ann. lég. ét. 1885, 646.

Dans quelques cantons suisses, les femmes, même non mariées, sont incapables comme de véritables mineurs — Cf. Lardy, *Les législations civiles des cantons suisses.* V. notamment la carte indiquant les cantons où subsiste le conseil judiciaire du sexe — Grisons. p. 116. Saint-Gall. p. 162. — Uri. p. 279.— Valais, p. 289, etc.

(2) Laurent. V. § 69, Cf. Pic. loc. cit. p. 201.

Nous ne voyons pas la raison d'une pareille distinction. En ce qui concerne l'intérêt des tiers qui peut être lésé, s'ils ont traité dans l'ignorance de la véritable capacité de la femme, ils n'ont qu'à s'en prendre à leur propre négligence de ne pas s'en être enquis ! Bien entendu, nous laissons de côté l'hypothèse de fraude. Tant qu'on ne prouve pas que l'application de la loi étrangère choque l'ordre public sur le territoire, il n'y a pas de raison de la repousser (1). La loi de la femme a pensé que laisser pleine capacité à ses nationales mariées, nuirait aux intérêts du ménage ; la loi territoriale n'a pas qualité pour contrôler si elle a eu tort ou raison.

81. — L'ancienne jurisprudence avait aussi distingué entre les statuts établissant une incapacité générale et ceux qui dérogeaient à un état général de capacité ou d'incapacité, et elle appliquait à ces dernières la *lex fori*. C'est ainsi que l'on décidait, par exemple, que la femme mariée étrangère était soumise, sur le territoire, aux dispositions du sénatus-consulte Velléien, alors même que la loi de son domicile ne le reconnaissait pas.

C'était une erreur, car les raisons qui militent en faveur du statut personnel quand il s'agit de capacité ou d'incapacité générale subsistent au même degré en matière de capacité ou d'incapacité spéciale (2).

82. — La loi nationale des époux devrait être également reconnue compétente, lors même qu'il

(1) Laurent. II, nos 48-51.

(2) M. Bard. Op. cit. p. 228.

s'agirait de régler la capacité de la femme relativement à des actes concernant des droits réels sur des immeubles situés à l'étranger.

Un arrêt de la cour de Paris, du 15 mars 1831, a violé ce principe et fait une fâcheuse confusion entre les lois relatives aux immeubles et celles concernant l'état des personnes. Il s'agissait, en dernière analyse, de savoir si la validité d'un acte passé par une femme espagnole, incapable de l'accomplir d'après sa loi nationale, devait être appréciée d'après la loi française, parce que cet acte était relatif à des immeubles situés en France. La cour de Paris s'était décidée pour l'affirmative (1).

83. — La jurisprudence anglaise suit les mêmes errements et décide que toutes les questions qui ont, d'une manière quelconque, rapport aux immeubles sont tranchées par la loi du pays où la terre est située.

La conséquence de cette idée, dans notre matière, c'est que la capacité ou l'incapacité d'acquérir ou de transmettre des immeubles, au regard de la femme mariée, dépendra, suivant les jurisconsultes anglais, de la *lex rei sitæ* et non de la *lex domicilii* (2).

84. — Toutes les modalités de l'incapacité de la

---

(1) Laurent. V. 68-69, Discussion très approfondie de cet arrêt. Il faut ajouter que de nombreuses complications de fait expliquent, sans la justifier toutefois, la décision de la Cour de Paris.

(2) Cf. Dicey. Op. cit. Art. 20 et commentaire § 122.

femme mariée devront être soumises à sa loi nationale. C'est à elle qu'il faudra se reporter pour constater l'influence de l'absence, de l'interdiction, de la mort civile du mari sur les actes passés par la femme, la possibilité d'une autorisation générale, etc., etc. (1).

Il résulte de l'observation précédente que la femme, acquérant par le mariage la nationalité de son mari, c'est d'après cette loi que l'on devra apprécier sa capacité ; alors même que, majeure au moment de son mariage d'après sa loi nationale, l'application de cette loi nouvelle aurait pour effet de la faire redevenir mineure et incapable.

85. — *Les époux sont de nationalité différente.* Il peut arriver qu'au point de vue de la capacité de la femme leurs lois nationales ne concordent pas. Quelle loi appliquer en pareil cas ? Nous écarterons, en cette matière, le principe général posé au n° 34 et nous nous en référerons toujours à la loi qui régit le statut personnel de la femme, c'est-à-dire à *sa propre loi nationale.*

Les questions relatives à la capacité des personnes font, en effet, toujours partie de leur *status.* C'est incontestable dans les cas où la règle de l'incapacité de la femme mariée est, à son égard, une mesure de protection analogue à celle de l'incapacité du mineur. Mais, pourrait-on nous objecter, si la législation de la femme n'adopte cette règle que par mesure de faveur pour le mari,

---

(1) Schæffner, op. cit. § 36.

vous ne pourrez pas donner à ce dernier plus de droits sur sa femme que sa propre loi à lui ne lui en accorde ; sans cela vous seriez en contradiction avec le principe posé au n° 34 !

Nous répondrons que nos solutions ne sont cependant pas contradictoires. Il ne s'agit pas, en réalité, de *droits* accordés au mari, mais de l'état, du *status* de la femme. Il peut être, et il est, par hypothèse, inspiré par une pensée de faveur pour le mari, mais basé au fond sur l'esprit et le caractère national de la femme. Si la sécurité du mari, la paix de la famille et la bonne gestion de la fortune commune exigent certaines mesures de précaution vis-à-vis de la femme nationale d'un pays, les mêmes mesures sont nécessaires, quelle que soit la nationalité de l'époux (1).

86. — Il est bon d'observer que notre système pourra donner lieu, dans la pratique, à des difficultés d'application. Elles proviendront surtout de la confusion, faite dans les législations en conflit, entre les droits que le mari tient du régime matrimonial et ceux qui dérivent de sa puissance sur la personne de la femme, abstraction faite de la propriété des biens.

---

(1) Cela revient à dire, en somme, que même dans les législations qui voient dans l'incapacité de la femme une mesure de faveur pour le mari, il y a, au fond, une pensée de défiance vis-à-vis de la femme, à raison de son sexe. — C'est la tradition, — et nous ne croyons pas qu'il existe une seule loi qui ne soit entachée de cette idée, et qui ait fait de l'autorisation maritale une arme pour le mari, dans son seul intérêt. S'il existait une pareille législation, il faudrait évidemment recourir aux principes généraux que nous repoussons ici.

C'est ce qui arrivera, par exemple, lorsqu'on aura à concilier la puissance maritale de notre code civil avec celle qui résulte de la loi anglaise.

Jusqu'à de récentes réformes législatives, la femme anglaise voyait sa personnalité, dès le moment du mariage, complétement absorbée dans celle du mari, avec lequel elle ne faisait plus qu'un aux yeux de la loi. Il en résultait que les biens meubles qu'elle possédait au jour du mariage, ou qui lui provenaient pendant sa durée, devenaient la propriété du mari. Pour les immeubles, on n'avait pas osé aller jusque-là, en ce sens que le mari, tout en en ayant la propriété, ne pouvait les vendre, même avec le concours de la femme.

Depuis les acts du 9 août 1870, du 30 juillet 1874, et du 18 août 1882, la femme mariée reste propriétaire des biens qu'elle avait en se mariant, elle peut acquérir et agir relativement à ses biens comme une femme non mariée, sans autorisation maritale. La femme anglaise est donc complétement capable, mais certaines questions peuvent encore être régies par les lois en vigueur avant 1882, notamment pour les femmes mariées avant le 1er janvier 1883 (1).

On pourrait se demander alors, comment il faut interpréter les dispositions de la loi anglaise et si le pouvoir accordé au mari dérivait de son droit de propriété sur les biens de la femme, ou de sa puissance sur celle-ci; si cette attribution de pro-

---

(1) Voir l'act du 18 août 1882, ann. lég. ét. 1883, p. 329, sqq. art. 2 et 5.

priété elle-même n'était pas une conséquence de son pouvoir marital, ou si c'était un régime matrimonial imposé par la loi. Dans ce dernier cas, la loi anglaise ne pouvant attribuer plus de droits au mari que sa propre loi, celui-ci ne serait pas devenu propriétaire des biens de sa femme ; dans le 1er cas, il aurait fallu appliquer la loi nationale de la femme, pour déterminer les conséquences de son incapacité et par conséquent la loi anglaise. Hâtons-nous d'ajouter que nous ne croyons pas que la question se pose d'une manière aussi simple. Il y a en réalité dans les règles que nous venons de rappeler, l'application de nombreux principes, et, comme nous ne nous sommes pas proposé l'étude des législations comparées, nous ne voulons pas insister davantage sur l'analyse d'une loi aussi complexe et qui ne vient ici qu'à titre d'exemple des difficultés de notre matière.

87. — « La jurisprudence anglaise considère « les acts de 1870 comme une loi d'ordre public ; « ce point de vue se justifie, ajoute M. Pic, par le « but de cette loi, qui fut de réagir contre la puis- « sance excessive que le mari tenait de la *common* « *law*. Une femme française, résidant en Angle- « terre, sera donc, malgré son statut personnel, « propriétaire absolue des produits de son travail « et capable d'ester en justice de ce chef » (1).

C'est là, croyons-nous, une atteinte aux conventions matrimoniales plutôt qu'à la loi nationale de

(1) Pic. op. cit. p. 201.

la femme ; même à la considérer à ce dernier point de vue, nous repousserions encore la décision de la jurisprudence anglaise comme contraire aux principes que nous avons admis, et nous ne voyons pas quel intérêt moral ou économique sérieux s'oppose, sur le territoire anglais, à l'application de la loi étrangère.

88. — On a soutenu aussi que la capacité de la femme devait toujours être réglementée par la loi nationale du mari. Cette loi est la *charte* que l'époux impose à la famille (1). Cette théorie, qui n'est que la contre-partie de celle que nous avons déjà examinée au n° 3, doit être repoussée ici pour les mêmes motifs.

89. — Nous renvoyons également à une autre partie de ce travail (2) la question de savoir quel est le tribunal compétent pour autoriser la femme à passer un acte quelconque, à défaut d'autorisation maritale. Qu'il nous suffise de constater ici que c'est également la loi nationale de la femme qui décide si cette autorisation judiciaire peut remplacer celle du mari, et dans quelles conditions elle peut être accordée (3).

90. — Dans certains cas particuliers, la loi territoriale primera la loi nationale de la femme relativement à sa capacité. C'est ainsi que la loi du 9 avril 1881, art. 6, créant des caisses d'épargne

---

(1) Pic. p. 203.

(2) V. le chap. IX, n° 171.

(3) Paris, 17 décembre 1883, J. D. I. P, 1884, p. 289.

postales, a relevé les femmes mariées de leur incapacité en ce qui concerne les dépôts à ces caisses. C'est un motif d'humanité qui a conduit le législateur à adopter cette mesure, et nous serions assez disposé à l'appliquer même aux femmes de nationalité étrangère. Par sa nature et son but, l'institution des caisses d'épargne intéresse la moralité et l'ordre économique au sein d'un Etat. Il y a un intérêt social en jeu : l'ordre et la prévoyance, dont la population territoriale n'est pas désintéressée. En ce sens on peut dire que notre loi est réelle et applicable aux étrangers (1).

91. — Par le même motif d'*ordre public* tiré de la morale universelle, il faudra restreindre la règle d'incapacité de la femme mariée, sur le territoire, par application du principe que *nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui*, et dans la mesure de ce dont la femme aura profité, alors même que sa loi nationale n'admettrait pas ce tempérament à son incapacité (2).

De même on a décidé, avec raison selon nous, que *la fraude* était une cause d'exception à la loi personnelle de l'incapable qui avait plus ou moins intentionnellement dissimulé son incapacité (3).

---

(1) Cf. en ce sens : Laurent V. § 73. — Cf. loi anglaise 9 août 1870. — Italie 27 mai 1875. — Ann. lég. ét. 1876, p. 554, sqq.

(2) Seine. 12 avril 1882. J. D. I. P. 1882, p. 619.
Caen, 20 juin 1845. Dalloz. Rep. V^is^ obligations, n^os^ 2979, 5° et Mariage, n° 942.

(3) Paris. 10 juin 1879, J. D. I. P. 1879, p. 488.
Id. 8 février 1883, id. 1883, p. 290.

92. — La loi qui édicte la nullité des actes passés par la femme sans autorisation du mari a seule compétence pour désigner les personnes qui peuvent invoquer cette nullité. L'un est la conséquence de l'autre.

93. — Enfin, il est bon de faire observer, pour terminer, qu'il faut éviter avec soin de confondre la *capacité* de la femme de contracter en son nom et relativement à son patrimoine, avec le pouvoir que lui accordent certaines législations, qui lui reconnaissent une sorte de mandat tacite de son mari, et le droit d'agir au nom et pour le compte de celui-ci, d'acquérir pour lui et de l'obliger.

Par exemple, en Angleterre, même avant les lois de 1870 et de 1882, et alors que la personnalité de la femme était absorbée complétement dans celle de son époux, la femme était censée agir pour lui lorsqu'elle contractait des dettes pour pourvoir à ses propres besoins (1).

La vérité est qu'il ne s'agit pas ici de la *capacité* ou du *status* de la femme, mais de la volonté tacite du mari ; ou plutôt, dans l'espèce, d'un moyen de coercition tendant à le forcer de s'acquitter de ses devoirs d'époux. Dans l'un comme dans l'autre cas, il faut se reporter à sa loi nationale, qui interprète ses intentions et qui édicte la sanction de ses devoirs conjugaux.

94. — Le mariage a pour effet d'affecter également la capacité des époux relativement aux actes

---

(1) Lehr. Droit civil anglais, § 121.

pécuniaires qu'ils peuvent passer entre eux, et qui sont régis, dans toutes les législations, par des règles spéciales. Ces modifications tiennent à des considérations tirées de la situation respective des époux; d'une certaine méfiance à raison de leur affection ou de leur dépendance l'un vis-à-vis de l'autre ; et aussi de l'idée qu'il ne doivent pas pouvoir modifier les conventions matrimoniales. Il n'entre point dans notre cadre d'exposer les principes de solution du conflit des lois réglant les rapports purement pécuniaires des époux. Nous devrons donc écarter cette intéressante question.

CHAPITRE VI.

PERMANENCE DU LIEN CONJUGAL. — ALTÉRATIONS QU'IL PEUT SUBIR : DIVORCE. — SÉPARATION DE CORPS. — MORT CIVILE. — ABSENCE.

---

95. — Le mariage crée entre les époux un lien spécial, un état de relation *sui generis*, qui ressemble à la parenté, d'où les législateurs font découler les droits et les devoirs des époux. Ceux-ci forment, en se mariant, une union étroite pour la vie « *consortium omnis vitæ, divini et humani juris communicatio* » disaient les jurisconsultes romains (loi I. Dig. 23, 2).

Comme nous l'avons déjà remarqué, une pareille association, intéressant les sentiments les plus intimes et les plus chers de l'homme, se modèle sur les idées morales, économiques, sociales de chaque peuple. Le caractère du lien conjugal devra dépendre, par conséquent, de la loi nationale des époux. Suivant que leur législateur se sera inspiré des idées religieuses ou de préoccupations libérales, les dispositions légales sur notre matière auront ce caractère à un plus ou moins grand degré.

96. — Il est bon de faire observer qu'il importe, pour déterminer la nature du lien matrimonial, de

ne pas confondre les règles qui concernent les rapports des époux, leur *status* réciproque, les effets et la durée du mariage avec celles qui n'envisagent que les formes extérieures de sa célébration. En ce sens, un mariage peut être considéré comme religieux ou civil à deux points de vue différents : Ou bien parce que la loi ne reconnaît que l'union célébrée sous les formes religieuses ; ou bien parce que, abstraction faite de toute formalité de célébration, elle considère que l'essence même du mariage, la nature des rapports entre époux, ont un caractère en quelque sorte divin, purement religieux; et qu'elle sanctionne civilement les règles canoniques, dans le but de faire concorder sur ce point ses dispositions avec les obligations imposées par l'Eglise aux époux, et d'éviter, en cette matière, un conflit entre la loi civile et la loi religieuse.

C'est à ce dernier point de vue que se place Wharton quand il dit : « Le droit commun du ma-
« riage dans les Etats et territoires de l'Union
« d'origine anglaise, n'est autre chose que le droit
« commun de l'Angleterre tel qu'il était en vi-
« gueur au moment de la fondation des colonies
« américaines.... c'est le droit canon antérieur au
« concile de Trente (1) ».

97. — Est-ce à dire que la forme de la célébration du mariage n'influera pas sur la nature du lien conjugal ? Il est évident que, dans la plupart

---

(1) Wharton. J. D. I. P. 1879, p. 229.

des cas, la loi qui aura consacré les formalités religieuses de la célébration du mariage adoptera aussi, pour en régler les effets, les dispositions de l'Eglise; mais il peut fort bien arriver que tout en reconnaissant la validité des mariages célébrés devant les ministres du culte, la loi d'un pays se désintéresse ensuite des préoccupations religieuses pour régler à sa manière les conséquences de l'union conjugale (1).

Cette différence entre les formes de célébration et le caractère du mariage sera encore plus sensible dans le cas où deux nationaux d'un pays qui reconnaît seulement le mariage civil, célèbrent leur union sur un territoire où la forme religieuse est seule employée. Ce sont deux Français, par exemple, se mariant en Roumanie, en Hongrie ou en Russie, devant un prêtre. Une pareille union pourra-t-elle être dissoute par le divorce; en d'autres termes, le mariage devra-t-il être considéré comme ayant le caractère religieux ou le caractère civil ? Il faut remarquer que si ce mariage est valable en France, c'est par application de la règle *locus regit actum*, qui ne régit que la

---

(1) C'est ainsi que, d'après le code civil de 1734 qui régit encore la Suède, le mariage, bien que célébré ordinairement dans la forme religieuse, relève plutôt du droit civil que du droit ecclésiastique; il constitue une union personnelle contractée entre l'homme et la femme sous l'égide de l'Etat, cette union est fondée sur une convention libre entre les contractants, elle est contractée pour la vie et indissoluble dans son idée. D'Olivecrona.— J. D. I. P. 1883, p. 345.

forme sans influer sur le fond de l'acte. La loi française distingue soigneusement le lien religieux du civil ; elle décide, par faveur, que le mariage célébré dans de pareilles conditions sera à la fois religieux et civil ; ce sera un *mariage français*, et, comme elle ne consacre que le lien civil, le seul effet du divorce sera de retirer à l'union l'existence civile que notre loi lui avait reconnue.

98. — Quand un législateur sanctionne les dispositions de la loi religieuse, il en fait, il est vrai, une loi civile comme une autre, et le juge ne doit la considérer qu'à ce point de vue ; néanmoins il est bon de constater sur ce point la concordance voulue des lois civiles avec les lois de l'Eglise ; car, en présence d'une disposition de loi étrangère applicable sur le territoire, et contraire à une loi de la nature de celle dont nous parlons, le juge local devra s'en tenir à la *lex fori*. L'ordre public externe est en effet intéressé au respect des lois religieuses, chez un peuple dont les idées et les habitudes imposent au législateur d'identifier ses règles avec celles de la religion -- Une législation étrangère ne peut venir troubler, sur le territoire, des aspirations morales ou politiques que la nation considère comme essentielles à la nature humaine et imposées par la morale universelle !

99. — Le mariage qui, au commencement de ce siècle, était considéré comme un acte exclusivement religieux par la plupart des nations Européennes, n'a plus guère conservé ce caractère qu'en Russie, en Roumanie, en Serbie, en Dane-

marck et dans quelques Etats de l'Amérique du Sud ; il a encore un caractère mixte en Suède, en Autriche, en Espagne, en Portugal, où, suivant la volonté des contractants, il est tantôt soumis à la loi séculière, tantôt à la loi religieuse (1).

Pour apprécier la nature du lien conjugal, son caractère civil ou religieux, sa dissolubilité ou son indissolubilité, nous devrons évidemment nous reporter à la loi organique du mariage.

On a cependant, surtout au sujet du divorce, soulevé de graves difficultés, que nous allons avoir à examiner.

100. — *A.* — *Les époux ont la même nationalité.* — Nous venons de voir que la nature du lien matrimonial dépend de la loi qui règle le statut personnel des époux — le mariage faisant partie du *status* des époux. On devra donc se reporter à leur loi nationale.

101. — On a proposé de faire exception au principe, en ce qui concerne le divorce. Certains jurisconsultes, notamment Schæffner et Savigny (2) considèrent la loi du divorce comme une partie du droit public de l'Etat ; ou bien (Westlake, Story) comme une dépendance du droit pénal, et l'appliquent, en conséquence, aux étrangers résidant sur le territoire.

La jurisprudence américaine est en ce sens.

---

(1) Cf. Albert Amiaud. Bull. législation comparée 1884, p. 425.

(2) Op. cit, p. 333.

Il est vrai que si la législation d'un pays considérait le divorce à ce point de vue, les juges locaux devraient appliquer la *lex fori* (1). Mais il n'en est pas ainsi en principe, et les lois des différents Etats considèrent généralement le divorce, qu'elles l'admettent ou non, d'une façon plus conforme à sa véritable nature. C'est le moyen d'affranchir deux époux d'un lien désormais insupportable et incompatible avec la rupture des rapports conjugaux. Quant aux déchéances qui frappent l'époux coupable, ce sont des sanctions civiles du manquement à ses devoirs conjugaux; des pénalités accessoires, sans influence sur le caractère même de l'institution du divorce.

102. — On a essayé de donner d'autres motifs pour l'application de la *lex fori :*

« La tâche du juge, dit M. Asser, est autre dans « les procès en divorce que dans les autres procès « où le jugement ne doit pas créer entre les parties « un droit nouveau, ni leur conférer des droits « nouveaux, mais découvrir et proclamer l'état « existant et le faire respecter par des moyens de « contrainte. Le jugement, au procès en divorce, « change la situation juridique des époux en dis- « solvant leur mariage et en les rétablissant dans « leur état antérieur de célibat. Tant que le juge « doit simplement déclarer ce qui est droit entre « les parties, il applique naturellement la loi qui

---

(1) Westlake. Rev. droit international. Tome XIII, p. 440. — Jurisp. anglaise en ce sens.

« gouverne la relation juridique en question ; « mais lorsqu'il lui faut agir en qualité d'organe « du pouvoir public, pour créer une situation nou- « velle et conférer des droits nouveaux, il ne « peut prendre pour guide d'autre loi que celle de « l'Etat même qu'il représente. A ce point de vue, « le jugement qui prononce le divorce ressemble « à certains actes de juridiction non conten- « tieuse (1).

Il est vrai que le divorce constitue une modification à l'état des personnes; mais est-il vrai que pour créer une situation nouvelle de ce genre, le juge ne puisse prendre un autre guide que sa loi nationale ? Qu'il doive faire abstraction de celle des parties pour régler leur état ? Cela nous semble tellement contraire aux principes admis par M. Asser lui-même sur la loi qui détermine le statut personnel (2), que nous pensons trouver l'origine de son opinion dans une confusion entre la compétence législative et la compétence judiciaire ; et dans une fausse assimilation de la procédure du divorce à une procédure *gracieuse*. Mais si l'on accorde compétence au juge territorial pour trancher les questions d'état des étrangers, il devra et pourra le faire d'après leur statut personnel ; c'est qu'on reconnaîtra qu'il a délégation de la souveraineté étrangère pour modifier, d'après les lois de cette souveraineté, le *status* de ses ressortissants ; tout comme on reconnaît qu'un officier

(1) Asser. trad Rivier, § 53.
(2) Loc. cit., § 22.

public, qui a compétence pour célébrer un mariage, pour créer par conséquent l'état d'époux entre deux étrangers, donne naissance à un mariage, à un *status* réglé par une loi différente de celle du territoire, de laquelle, seule, il tient cependant le pouvoir de célébrer les mariages !

Et si l'on approfondit encore davantage la question, on voit que ce n'est pas le juge qui, en réalité, crée le divorce entre les époux (comme cela arriverait par exemple pour une émancipation judiciaire). C'est bien la loi elle-même de ces étrangers qui décide que le mariage atteint dans certaines conditions, doit être dissous sur la demande d'un conjoint.

103. — Enfin, on soutient l'application de la *lex fori* en disant que les législations actuelles considèrent que les règles qu'elles admettent relativement à la dissolubilité ou à l'indissolubilité du lien conjugal sont fondées sur les principes généraux, universels et rationnels qui doivent régir tout mariage, au point de vue humain ; en un mot, on argumente ici du motif d'*ordre public externe* (1).

Ce système a le défaut d'être trop absolu. C'est par l'examen de chaque législation en particulier qu'on peut décider du caractère des institutions qu'elles sanctionnent. On ne peut dire *à priori* qu'elles considèrent le divorce comme immo-

---

(1) Olivi. Rev. de dr. internat. et de lég. comparée 1883, p. 374 sqq.

ral, et nous accordons que si elles le font, le juge territorial devra le repousser.

En général, et dans le doute sur la pensée du législateur, nous estimons que la dissolution du mariage d'un étranger par le divorce ne compromettra pas la morale ou l'ordre public sur un territoire dont la loi ne reconnaît pas la dissolubilité du lien conjugal. A bien plus forte raison devra-t-on décider que l'indissolubilité du mariage d'étrangers ne compromet point les bonnes mœurs d'un pays où le divorce est admis (1). D'ailleurs ce que les législateurs semblent craindre le plus, dans le divorce, c'est son nom, et il est probable que si on le présentait sous la forme de *nullité du mariage,* dans bien des cas, il serait adopté par des lois qui semblent aujourd'hui les plus hostiles à cette institution !

104. — Ce n'est donc pas le divorce en lui-même qui cause du scandale, c'est plutôt la possibilité d'un second mariage, du vivant des deux époux. Pour pousser la logique jusqu'au bout, il faudrait alors décider qu'un individu régulièrement divorcé dans son pays ne pourrait plus se remarier ; que son second mariage, quel que soit le lieu de sa célébration, est entaché de bigamie, contraire à l'ordre public, etc.

Sans aller aussi loin, certains auteurs ont admis qne le mariage ne serait pas permis au divorcé sur le territoire d'un pays qui n'admet pas le divorce ; par exemple en Italie (2).

---

(1) Merlin. Rep. V°. Divorce, IV, § 10.

(2) Esperson. Il principio di nazionalita, n° 21.

« La loi étrangère, dit de Chassat (1), qui permet à l'époux divorcé de contracter un second mariage, ne peut recevoir application sur le territoire français, où elle est directement contraire à ce que l'opinion publique considère comme constituant les bonnes mœurs ».

Cependant cette théorie n'est généralement pas adoptée, et la plupart des auteurs admettent la possibilité d'un pareil mariage (2). De sorte que l'on transforme la question de fond en une simple question de compétence, puisqu'il suffira à un individu de se rendre devant les tribunaux de sa patrie pour faire prononcer un divorce dont les effets seront ensuite partout reconnus.

105. — La vérité est que l'ordre public international n'est pas choqué de la dissolution du mariage pendant la vie des époux. Elle met fin à une situation rendue intolérable par la violation grave des devoirs conjugaux. Les mesures à prendre pour remédier au mal sont évidemment du ressort du législateur à qui sont soumises les personnes, qui règle leur statut; et il n'y a pas de motif d'écarter ici l'application de la loi nationale. Et si l'on objecte les idées morales d'un individu

---

(1) Des statuts, n° 196. — Cf. Demangeat. Condition des étrangers en France, p. 383, Demante I, p. 45, note 1.

(2) Merlin fait notamment remarquer qu'on n'a pas contesté la validité des mariages contractés après 1816 par des époux divorcés auparavant, Q. de droit, Divorce § 13 — Demolonbe I, n° 101. — III, 230, Cf. Fiore Dr. int. privé § 153 et J. D. I. P. 1886, p. 170, sqq. — Cass. 15 juillet 1878, D. 78, 1, 340.

auquel sa loi religieuse interdit le divorce, nous répondrons que peu lui importe qu'un individu d'une autre religion puisse ainsi dissoudre son mariage. Il doit en être ainsi dans tous les pays dont la loi civile s'est abstraite des dogmes de telle ou telle Eglise, quelque respectables soient-ils. Quant aux législations qui repoussent le divorce pour respecter en ce point les doctrines catholiques, nous reconnaissons qu'elles devront être seules appliquées sur leur territoire, au moins en ce qui concerne les étrangers de religion catholique; pour les dissidents, nous ne croyons pas qu'on puisse leur objecter le principe d'ordre public externe ; et l'exemple de la catholique Autriche, qui autorise la dissolution du mariage des disciples d'autres religions, est là pour prouver qu'elle peut très bien être prononcée dans ce cas, sans scandale pour les fidèles.

106. — La loi applicable pour déterminer la dissolubilité ou l'indissolubilité du lien matrimonial est donc la loi nationale des deux parties. Le caractère du mariage doit évidemment dépendre de la nationalité des conjoints. — La matière qui nous occupe en ce moment est d'*ordre public national*, soustraite à la libre disposition des individus, et s'applique à eux-mêmes en pays étranger.

107. — C'est d'après la même législation que l'on doit déterminer non seulement l'admissibilité du divorce, mais aussi les causes pour lesquelles il peut être prononcé. On a voulu faire une distinction et écarter pour cause d'ordre public quelques-unes d'entre elles : l'*absence*, la *démence*,

le *consentement mutuel*. Dans tous ces cas, a-t-on dit, la loi territoriale qui n'admet pas pour ses ressortissants la possibilité de demander le divorce, considère qu'il est du devoir du conjoint de rester fidèle à l'absent, de soigner l'époux en démence ; quant au divorce par consentement mutuel, à moins qu'il ne soit entouré de garanties spéciales comme dans le code civil de 1804, il serait un scandale dans un pays qui ne l'admet pas. « Ce serait consacrer l'oubli des devoirs qu'im-« pose le mariage au lieu d'en assurer l'obser-« vation (1) ».

Nous ne voyons pas de motif sérieux d'écarter ici l'application du statut personnel. C'est vouloir imposer au mariage des étrangers un caractère qu'il n'a pas, que d'apprécier leurs devoirs conjugaux d'après la règle territoriale ! — Sous le mérite de cette observation, nous admettons parfaitement que l'*ordre public territorial* peut s'opposer à l'admission de certaines causes du divorce reconnues par la loi nationale des parties. Mais pour cela, *il faudra qu'il y ait une véritable atteinte aux bonnes mœurs*, et que la prononciation d'un pareil divorce *expose les habitants du territoire à un trouble moral bien caractérisé*. Ces éléments dépendront le plus souvent des circonstances de fait de l'espèce, c'est pourquoi nous nous élevons ici contre les systèmes *à priori*. Nous estimons par exemple, qu'un divorce prononcé en

---

(1) Pic. Op. cit., p. 230-231.

France entre deux époux prussiens, appartenant tous deux à ce qu'on est convenu d'appeler la « *haute société* », pour cause d' « *ivrognerie habituelle du mari* » ne porterait aucune atteinte aux bonnes mœurs, ni au respect du mariage ; bien au contraire !

Nous pensons donc qu'il suffit de poser le principe sans essayer d'en tirer des systèmes absolus ou des formules toutes faites, souvent contraires à la réalité des choses ; et de dire qu'en matière d'ordre public externe, il faut laisser au juge toute latitude d'appréciation.

108. — B. — *Les époux ont une nationalité différente.* — D'après quelle loi faudra-t-il décider, dans ce cas, si le mariage peut être dissous par le divorce et pour quelles causes ?

C'est là une des questions des plus controversées et, à la fois, des plus délicates du droit international privé. La solution doit respecter deux principes qui semblent, à première vue, être inconciliables : d'une part, il faut appliquer au *status* de chacun des époux sa loi nationale ; et, d'autre part, le caractère du mariage au point de vue de sa dissolubilité ou de son indissolubilité doit être unique et identique pour les deux époux ! Le mariage ne peut pas être pour l'un et n'être pas pour l'autre ! Dès lors, il semble impossible de trancher le conflit entre les lois nationales de chacun des époux si l'une admet le divorce et si l'autre le repousse.

109. — Nous croyons que la difficulté provient surtout de la façon dont on se pose la question,

qu'on ramène généralement à cette formule : *Le mariage est-il dissoluble ou indissoluble ?*

On aboutit alors à une véritable impasse, qu'on nous permette l'expression, car, comme nous l'avons fait remarquer, de quelque façon qu'on tranche la question, affirmative ou négative, on viole le statut personnel de l'un des deux époux. Il n'y a pas plus de raison de donner la préférence au statut de la dissolubilité qu'à celui de l'indissolubilité.

Si au lieu de généraliser, dès le premier pas de la discussion, on se demande simplement si dans telle ou telle hypothèse, le mariage peut être dissous par le divorce, nous verrons qu'on aboutit, par la simple application des principes que nous avons déjà admis, à une solution qui concilie parfaitement et le respect du statut personnel de chacun des époux, et l'idée que le mariage ne peut être dissoluble pour un époux, indissoluble pour l'autre. Examinons donc les hypothèses dans lesquelles le conflit pourra se poser entre leurs statuts.

109 *bis*. — a) Le statut de l'un des conjoints : par hypothèse, du mari, admet le divorce pour causes déterminées, par exemple pour l'adultère de l'un des époux.

Le statut personnel de la femme ne reconnaît pas le divorce.

b) Le statut personnel du mari admet le divorce pour certaines causes déterminées.

Le statut de la femme admet le divorce, mais pour des causes différentes.

Le mari pourra-t-il demander le divorce contre sa femme :

1° Quand le statut personnel de celle-ci ne reconnaît pas le divorce ?

2° Pour des causes non reconnues par le statut personnel de cette dernière ?

Nous n'examinerons, pour simplifier, que la 1re catégorie de conflits, nous reviendrons plus tard sur la 2e.

110. — a) Le mari peut-il demander le divorce contre sa femme quand le statut personnel de celle-ci n'admet pas le divorce ?

Le divorce est, nous l'avons vu, une modification à l'état des personnes. Lorsque l'un des conjoints a, par une violation grave de ses devoirs envers son conjoint, rendu la vie commune intolérable, le législateur a été amené à rechercher un remède à cette situation ; tantôt il accorde la séparation de corps à l'époux lésé, tantôt il juge que ce n'est pas suffisant et il lui offre la ressource du divorce. Dès lors, il est tout naturel, pour apprécier les modifications de l'état d'une personne, les causes de ces modifications et leur caractère, de se reporter à la loi qui régit son état, qui l'impose et qui le protège ! Nous appliquerons donc ici la loi de l'époux lésé : du mari, et nous autoriserons le divorce.

111. — Quel sera maintenant l'effet du divorce prononcé, au regard de la femme ? Nous pensons que le mariage sera dissous à son point de vue, comme à celui du mari, et qu'elle aura le droit de se remarier, même dans son propre pays. Et qu'on

ne nous objecte pas que d'après son *status* son mariage est indissoluble ! Le mariage est dissous, régulièrement, à l'égard de l'un des époux ; il ne peut plus subsister, car il faut évidemment pour qu'un mariage existe qu'il y ait deux termes : le mari, la femme ; ici il n'y a plus de mari, par conséquent un des éléments essentiels manque à l'existence de l'union conjugale. Le mariage a pris fin régulièrement vis-à-vis de la femme, par suite de la perte de la qualité d'époux de son ex-mari, tout comme il aurait pris fin par sa mort. Dire que le mariage subsisterait, au regard de la femme, parce qu'il est indissoluble de sa part, ce serait jouer sur les mots ; sa loi nationale ne l'autorise pas à demander le divorce, mais une fois le divorce régulièrement prononcé, elle ne peut empêcher la conséquence forcée d'un pareil état de choses, ni déclarer subsistante l'union d'une personne avec une autre qui ne lui est plus rien !

112. — Voyons maintenant les objections à notre système.

Merlin (1), assimilant le divorce à la célébration du mariage, pense que, de même que pour contracter, il faut la capacité de l'une et l'autre partie pour le dissoudre.

Le motif n'est que spécieux. M. Laurent en a très bien démontré le mal fondé (2). Le mariage se forme par le concours bilatéral de volontés ;

---

(1) Q. de droit, V° Divorce, § 11.

(2) Laurent. V § 168.

il faut évidemment que ces volontés émanent de personnes capables ; si l'une n'a pas pouvoir de s'engager dans les liens du mariage, ce mariage ne peut pas exister de la part de l'une des parties seulement. En matière de divorce, il n'y a pas de question de consentement en jeu ; peu importe donc que l'un des époux soit capable, l'autre incapable.

113. — D'après M. Labbé (1), le mariage, comme tout contrat, ne peut être dissous que par une seule loi, doit être régi par une seule loi. — Il ajoute que lorsqu'un contrat est formé, l'une des parties ne peut, par un changement de nationalité et par sa soumission à une loi nouvelle, y introduire un changement au détriment de l'autre. Laissant de côté, pour le moment, l'hypothèse d'une modification dans la nationalité des époux pendant le mariage, nous répondrons que nous avons déjà écarté l'idée que le mariage est un contrat, et qu'il doit être régi par une loi unique. Le consentement n'a produit d'autre effet que de rendre les parties mari et femme ; quant aux autres effets du mariage, ils ne sont pas la conséquence de leur volonté, mais des obligations, des devoirs qui leur sont imposés, ou des droits qui leur sont accordés par la loi qui règle leur *status*, et par cette loi seule.

Dès lors l'objection tombe, et du moment qu'on ne peut pas démontrer qu'il y a, dans le fait même

---

(1) Labbé. J. D. I. P. 1877, p. 20 sqq.

du mariage, un obstacle qui s'oppose à l'application du statut personnel de chaque époux, on est bien obligé de se ranger à l'opinion que nous avons soutenue.

114. — Mais, s'écrie-t-on, vous aboutissez ainsi à reconnaître qu'un mariage peut être à la fois dissoluble et indissoluble, l'un des époux va pouvoir demander le divorce, et l'autre pas ! Nous répondrons, avec M. Laurent, que c'est là « un « de ces déplorables conflits qu'engendre la con- « trariété des lois sans qu'on puisse l'imputer à « une loi plutôt qu'à une autre » (1).

Il n'y a néanmoins rien de contradictoire dans notre solution. On aboutit à un résultat qui pourrait exister, par exemple, dans une législation, inique et bizarre si l'on veut, mais qu'on peut concevoir en pure théorie, qui admettrait la possibilité du divorce sur la demande d'un seul des époux, par ex. du mari, et qui refuserait à l'autre le droit de le demander.

115. — Ce que nous venons de dire concorde parfaitement, du reste, avec le principe que nous avons posé au n° 34. Bien qu'il ne s'agisse pas ici d'examiner les conséquences de l'état des personnes, mais le caractère et la nature même de l'état d'époux, il y a les mêmes raisons de décider que la loi de l'un des époux, par une sorte de prolongement de sa souveraineté que rien ne justifie dans le mariage, ne peut imposer à l'autre, contrairement

---

(1) Laurent. V. § 168.

à sa propre loi nationale, la continuation du mariage.

116. — Nous pouvons maintenant nous demander pour quelles causes le divorce pourra être prononcé.

Nous avons vu que le divorce et la séparation de corps ont été adoptés par les différents législateurs, comme moyens de remédier à la situation malheureuse d'un époux blessé dans ses intérêts ou dans sa dignité par son conjoint. Ce n'est pas une déchéance pour le coupable, c'est plutôt une délivrance pour l'époux lésé. Il faut donc se reporter à la loi qui règle son statut personnel et lui accorder le divorce pour les causes qu'elle édicte.

117. — Notre solution devra être tempérée par la restriction que nous avons indiquée au n° 107, et le juge territorial pourra écarter les causes de divorce qui, dans les circontances de l'espèce qui lui est soumise, seraient contraires à l'*ordre public international*.

118. — Les mêmes motifs qui ont fait adopter le divorce par certains législateurs, ont fait édicter par d'autres des mesures de protection moins complètes, moins énergiques que le divorce : la *séparation de corps*, soit perpétuelle, soit temporaire, qui a cet avantage de laisser aux parties la possibilité d'une réconciliation. Tout ce que nous avons dit de l'admissibilité du divorce est applicable ici, nous ne reviendrons donc pas sur des discussions closes, nous proposant d'étudier à part l'influence de la séparation de corps sur les effets du mariage.

119. — Mort civile. — Dans les pays où elle est admise, la mort civile produit tous les effets de la mort naturelle ; en ce qui concerne le mariage, notamment, c'est une cause de dissolution.

La mort civile peut se produire de deux manières bien différentes. Elle peut être la conséquence d'une condamnation judiciaire à certaines peines ; ou bien, elle peut résulter, dans certaines législations qui ont adopté à cet égard le droit canon, soit de la prise de voile par la femme, soit de l'entrée du mari dans les ordres. Dans l'un et l'autre cas, le mariage est dissous ; mais cette dissolution a des effets bien différents, que nous avons maintenant à étudier au point de vue du droit international privé.

120. — La mort civile dérivant de la profession religieuse était considérée, dans l'ancien droit, comme un état attaché à la personne. « Nous « reconnaissons en France, disait Boullenois, une « mort civile qui, loin d'être injurieuse et infa- « mante, est, au contraire, pieuse et honorable, « c'est celle que donne la profession en religion... « Un homme est religieux dans un pays où il est « mort civilement... Si cette mort civile est un « état personnel, cet homme, mort civilement « dans le lieu de son domicile, est mort par- « tout (1). »

---

(1) Boullenois. De la personnalité et de la réalité des statuts. I. p. 65-66.

Cf. Pothier. Introd. gén. aux Coutumes. ch. 2, § I, nos 28 sqq, et Savigny, § 365, note a.

121. — Le concile de Trente avait permis, dans ce seul cas, de rompre le mariage, à la condition de renoncer à la vie civile et d'entrer dans un couvent. L'ancien droit l'admit également (1), mais il faut que les deux époux consentent et fassent vœu de continence. De plus les textes n'indiquent pas bien nettement si le mariage est réellement dissous, ou si ce n'est simplement qu'une sorte de séparation de corps; il semble cependant que c'est une véritable dissolution du mariage; en tout cas l'époux qui n'a pas embrassé la vie religieuse ne peut cependant pas se remarier du vivant de son conjoint.

122. — La mort civile résulte aussi de certaines condamnations pénales. Elle a alors pour effet de dissoudre le mariage comme la mort naturelle. Le conjoint du mort civilement a pleine capacité pour se remarier.

Quelle loi devra-t-on appliquer aux époux étrangers dans ces hypothèses ?

123. — *Les deux époux ont la même nationalité.* — Il n'y a pas grande difficulté dans ce cas. La mort civile affecte l'état de la personne ; il faudra leur appliquer la loi qui régit leur statut personnel.

On objecte, dans le cas où la loi territoriale n'admet pas la mort civile, que ce serait porter atteinte à *l'ordre public international*; qu'en

---

(1) Cf. Pothier. Contrat de mariage nº 470, sqq. — Cf. Glasson. Op. cit., p. 37-38.

France, notamment, la loi du 31 mai 1854 a le caractère réel et doit être appliquée même aux étrangers par les juges locaux.

Nous repoussons l'application absolue de la loi territoriale dans notre matière. Le mort civilement est tel, de par sa loi nationale, et doit être traité comme tel en principe. Certains effets de la mort civile pourront être déclarés contraires à l'ordre public sur un territoire étranger, mais non pas tous ; notamment, on sera bien forcé de reconnaître que son conjoint, remarié régulièrement dans sa patrie, a fait un mariage valable ; et par là même on admettra la validité de la dissolution de la première union !

124. — Mais quid si le conjoint du mort civilement demande à se remarier sur un territoire étranger, par exemple en France ? Nous admettrons qu'il pourra parfaitement le faire, sans qu'on puisse lui objecter un motif d'*ordre public*. — Dans notre hypothèse, spécialement, l'ordre public ne sera pas plus touché de ce mode de dissolution du mariage que d'un divorce prononcé dans les conditions de notre article 232 code civil.

125. — *Les époux ont une nationalité différente.* — Ce sera ici la loi qui règle le statut de l'individu mort civilement qui décidera de la dissolution de son mariage. C'est de son état qu'il s'agit, et cette dissolution n'en est qu'une conséquence.

Dans des cas particuliers, l'application de ces principes pourra cependant léser l'*ordre public* ; ce sera au juge territorial d'apprécier, suivant les circonstances, s'il doit ou non la repousser. Mais

il ne devra le faire qu'avec modération et une extrême réserve.

126. — L'absence soulève les mêmes questions que la mort civile, dans les cas où, d'après la loi nationale de l'absent, elle fait présumer légalement sa mort. Dans ces circonstances, les mêmes solutions sont aussi applicables. D'autres fois, l'absence d'un conjoint est une cause de divorce ou de séparation de corps pour le conjoint présent, et nous n'avons qu'à renvoyer aux règles exposées ci-dessus (nos 116 et 117); enfin, sans dissoudre le mariage, l'absence peut produire des modifications dans les rapports habituels des époux, c'est ce que nous nous proposons d'étudier dans le chapitre suivant.

CHAPITRE VII

MODIFICATIONS PROVENANT DE LA SÉPARATION DE CORPS ET DE L'ABSENCE

---

127. — Bien qu'on ait l'habitude de réunir l'étude de la séparation de corps à celle du divorce, parce que ces deux institutions ont pour but de répondre à un même besoin : mettre fin à la vie commune, et qu'elles sont prononcées, en général, pour les mêmes causes, elles n'en sont pas moins profondément dissemblables, au point de vue auquel nous nous plaçons, de l'influence qu'elles exercent sur les rapports conjugaux.

Le divorce rompt complétement le lien qui unit les époux; il n'en laisse rien subsister, la rupture est aussi complète que par la mort. La séparation de corps, au contraire, ne fait que modifier les relations matrimoniales, altérer les effets du mariage, tout en laissant subsister la plupart des rapports qui en naissent. Il ne tient, du reste, qu'aux époux, de leur faire reprendre leur cours régulier, en rétablissant par un simple acte de volonté commune ce que le législateur leur avait permis de suspendre.

128. — Nous n'avons pas à revenir sur les causes d'admissibilité de la séparation de corps;

nous savons que les règles posées à propos du divorce lui sont applicables ; reste à rechercher sa nature, ses effets.

La séparation de corps a pour but de décharger l'un des conjoints de l'obligation de la vie commune quand celle-ci est devenue intolérable par la faute de l'autre.

129. — *Les époux ont même nationalité.* — Une fois la décision judiciaire intervenue, constatant que les époux ont la qualité, l'*état* d'époux séparés, les conséquences de cet état devront être régies par leur loi nationale.

Par exemple, des époux suédois, après avoir obtenu en France une séparation de fait temporaire, seront déchargés de la vie commune, mais resteront soumis aux autres obligations matrimoniales (1).

130. — Une difficulté spéciale pourrait s'élever dans le cas où des époux nationaux d'un pays qui n'admet que le divorce seul (Allemagne), auraient fait prononcer, par application de la loi territoriale et du principe *d'ordre public externe*, la séparation de corps entr' eux, dans un pays qui n'admet que la séparation de corps (Italie). Dans cette hypothèse, on ne peut parler de se référer à la loi nationale des époux pour régler désormais leur *status* dans leurs relations réciproques ! (et remarquons en passant que c'est là un de ces graves inconvénients qui doivent

(1) Glasson. Op. cit. p. 218. Cf. Art. 1733, 1738, Code Saxon. — 724, 733, Landrecht prussien.

faire restreindre, dans la limite du possible, la notion de l'ordre public international).

Il faudra bien alors s'en rapporter à la loi en vertu de laquelle la séparation a été prononcée, c'est-à-dire à la *lex fori*. Mais il est bon d'ajouter qu'elle ne recevra pas application dans le territoire de la patrie des époux, par une mesure de rétorsion contre le principe d'*ordre public international*.

131. — On peut encore se demander ce qui arriverait si deux époux, séparés de corps régulièrement dans leur patrie, venaient se fixer dans un pays où le divorce seul est admis.

Le conflit entre leur loi nationale et la loi territoriale pourra se présenter sous deux formes.

Ou bien l'un de ces époux demande la conversion de leur séparation de corps en divorce.

Nous n'avons pas à revenir sur une question qui rentre dans l'étude des causes du divorce, rappelons seulement notre solution ; il faut appliquer ici le statut personnel des époux.

Ou bien l'un des époux refuse d'appliquer la sentence de séparation de corps, et demande à un tribunal territorial de forcer sa femme à accomplir un des devoirs conjugaux qu'elle ne lui doit plus régulièrement; par exemple de réintégrer la maison conjugale *etiam manu militari*.

132. — En faveur de l'application de la loi territoriale, on pourrait dire que cette loi repoussant la séparation de corps, comme immorale, ne doit reconnaître aucun de ses effets, et qu'on ne peut, par conséquent, se prévaloir de ceux qu'elle produit

d'après la loi nationale des époux, puisqu'ils sont contraires à une règle d'ordre public territorial !

Nous écarterons néanmoins cette manière de voir.

Autre chose est, en effet, de prononcer une séparation de corps ou de la reconnaître, une fois acquise aux parties. D'ailleurs ce qui paraît immoral aux législateurs qui n'admettent pas cette institution, ce n'est pas la cessation de la vie commune, mais bien plutôt l'interdiction d'un nouveau mariage aux conjoints séparés. Les effets de la séparation ne leur paraissent pas des mesures mauvaises en elles-mêmes, mais des demi-mesures, inefficaces et insuffisantes. Dans une pareille conception, peut-on dire que l'ordre public est intéressé à les repousser quand il s'agit d'étrangers ? Nous ne le pensons réellement pas, et nous appliquerons, dans tous les cas, la loi personnelle des époux.

133. — *Les époux ont une nationalité différente.* — Nous ne pouvons que renvoyer en cette matière au principe général que nous avons adopté au n° 34, et à la discussion sur chacun des devoirs conjugaux. Les modifications apportées par la séparation de corps aux effets du mariage doivent être régies, évidemment, par la même loi qui détermine ces effets dans les cas normaux ; et nous ne pourrions que répéter ici, sans profit, ce que nous avons déjà exposé ci-dessus.

Effets de l'absence de l'un des conjoints.

134. — L'absence est la situation d'un individu qui a disparu depuis un certain laps de temps, plus

ou moins long, et dont on n'a plus reçu de nouvelles.

Les législateurs ont été amenés à réglementer cette situation et, suivant les mœurs de leurs nationaux, ils ont admis, avec plus ou moins de facilité, la présomption de mort en pareil cas. C'est ainsi que le Code Autrichien et certaines législations allemandes ont admis, dans des conditions déterminées, une véritable déclaration de mort de l'absent, par suite de laquelle son époux est considéré comme veuf (1).

D'autres lois ne présument point la mort de l'absent par le fait seul de l'absence, quelque temps qu'elle ait duré, et maintiennent, dans l'intervalle, l'indissolubilité du lien conjugal. — Quelques unes y voient une cause de divorce.

135 — Ces divergences peuvent donner lieu à des conflits très graves. — *Les époux ont la même nationalité.* On devra se reporter à leur statut personnel pour déterminer les effets de l'absence. Mais on a prétendu que l'époux, appartenant à une législation qui dissoudrait le mariage de l'absent, ne pourrait, en cette hypothèse, se remarier sur le territoire d'un pays où l'on ne reconnaîtrait pas cet effet.

136. — « Le législateur français (territorial) dit-on, considère comme bigame l'époux qui s'est remarié durant l'absence de son conjoint. Or la bigamie est un crime, il n'est donc pas contestable

---

(1) Cf. art. 1708 à 1710, Code Saxon.

que sur ce point la loi française est obligatoire, même pour les étrangers » (1).

Nous repoussons cette assimilation prétendue entre la situation de l'époux remarié d'un absent et un bigame. Quand, en effet, peut-on dire qu'il y a bigamie ? C'est lorsqu'il y a mariage durant la la vie d'un époux. Mais ici il n'y a plus en réalité de mariage ; l'époux est mort au regard de la loi qui règle son statut; aucune considération de morale ne peut ébranler cette présomption *juris et de jure*, basée sur des circonstances caractéristiques, sur des motifs sérieux.

Le mariage du conjoint de l'absent choque tellement peu les bonnes mœurs, c'est tellement peu un crime que, d'après l'art. 139 de notre Code civil, il ne peut être attaqué par le ministère public, ni par d'autres que l'absent de retour. A plus forte raison doit-il en être ainsi de l'union d'étrangers, à qui le mariage est permis d'après leur loi personnelle.

137. — *Les deux époux ont une nationalité différente.* — Il s'agit de savoir si l'absent est présumé mort. Il faut donc se reporter à sa propre loi nationale. C'est celle-ci qui décidera si son époux peut ou non se remarier, quelle que soit la loi de cet époux. Les législations qui autorisent le mariage du conjoint de l'absent ne le décident pas, en général, par faveur pour le conjoint ; mais plutôt comme conséquence logique de la dissolu-

---

(1). Pic. loc. cit. p. 146. sqq. Cf. Laurent. V nº 136.

tion du mariage par la mort de l'absent. Ce n'est pas une question de capacité personnelle qui est en jeu, mais la question de savoir si le mariage est ou non dissous par cet évènement. C'est donc bien le *statut personnel* de l'*absent* qu'il faut consulter.

138. — L'absence ou même la simple non présence du mari causent, dans certaines législations, des modifications importantes dans la capacité et les pouvoirs de la femme mariée. C'est ainsi que la chambre des Lords a décidé le 17 novembre 1880, que la femme devient la mandataire de son mari, et peut engager son crédit quand il l'a abandonnée sans prendre de dispositions convenables pour assurer son existence.

Quand les deux époux ont la même nationalité, il n'y a pas de difficulté sérieuse, on applique la loi organique du mariage.

139. — S'ils ont deux nationalités distinctes, en ce qui concerne l'augmentation de la capacité de la femme (par ex. le droit de faire certains actes sans autorisation maritale ou de justice), par application de notre principe général (n° 34) nous renverrons à sa loi nationale.

En ce qui concerne la gestion des affaires du mari, les législations qui l'accordent à la femme en cas d'absence de son époux, la considèrent comme une sorte de mandat général ; c'est par conséquent à la loi interprétative de la volonté de ce dernier, à la loi qui a compétence pour statuer sur son état et en disposer, c'est-à-dire à la loi nationale du mari, que revient le pouvoir de statuer sur ces dispositions.

CHAPITRE VIII.

INFLUENCE DU CHANGEMENT DE NATIONALITÉ ACCOMPLI PENDANT LE MARIAGE

---

140. — Pour résoudre les questions délicates que nous avons à trancher dans cette importante matière, autant que pour la clarté et la simplicité de la discussion, nous diviserons notre chapitre en 2 sections, que nous étudierons dans l'ordre suivant :

A. Dans quelles conditions se produit le changement de nationalité des époux ou de l'un d'eux ?

B. Quelles modifications apporte à la loi applicable aux relations matrimoniales le changement de nationalité des époux ou de l'un d'eux ?

A

Dans quelles conditions se produit le changement de nationalité des époux ou de l'un d'eux ?

141. — L'unité de patrie étant la conséquence logique de la communauté de sentiments et d'intérêts créée par le mariage, il faudrait admettre, en théorie pure, qu'on doit l'imposer aux époux, non seulement au début du mariage, mais à chaque moment de leur union. La pluralité de pa-

tries, chez les membres d'une même famille, est à tous égards nuisible et démoralisatrice. La Société conjugale forme la base des nations modernes ; si on la compose de membres ressortissants chacun de souverainetés différentes, on crée une source de conflits, de difficultés sans nombre entre eux; une cause de division, de désagrégation, de détachement des intérêts sociaux, et de scepticisme politique! Beaucoup de législateurs, frappés de ces inconvénients, ont adopté un système conforme à la nature des relations conjugales, et ont sanctionné l'*unité de nationalité entre époux pendant le mariage* (1).

La naturalisation du mari entraîne, dans ces législations, celle de la femme. Quelquefois même, la femme séparée de corps ne peut avoir une autre patrie que son époux, même avec son autorisation formelle. Pour concilier les intérêts de la famille et de l'Etat avec la liberté de l'épouse, M. Laurent (2) propose de ne permettre au mari de chan-

---

(1) Loi fédérale suisse du 3 juillet 1876. Ann. lég. ét. 1877, p. 550.

Art. 3. — « La naturalisation s'étend à la femme de « l'étranger naturalisé et à ses enfants mineurs... » Cf. art. 8, § 2. — « La libération (de la nationalité suisse) s'é- « tend à la femme et aux enfants mineurs, lorsqu'ils « vivent en un même ménage et qu'il n'est pas fait d'ex- « ception formelle à leur égard. »

Cf. les lois suivantes: Allemagne, 1er juin 1870, art. 11.

Angleterre. Act, 12 mai 1870, art. 10, § 1.

Hongrie. L. 20-24 décembre 1879, art. 7 et 26.

Autriche. Cf. Vesque de Püttlingen. Haudbuch des in Œsterreich Ungarn geltenden internationalen privatrecht, etc., etc...

(2) Op. cit., tome V, nº 166.

ger de natlonalité qu'avec le consentement de la femme.

142. — Le Code civil français admet bien l'unité de nationalité entre époux, au moment du mariage (art. 12 et 19); mais il ne statue pas, du moins expressément, sur l'influence de la naturalisation du mari pendant la durée du mariage. Une vive controverse s'est élevée sur ce point entre les interprètes. Nous inclinerions à croire, avec la jurisprudence et la majorité de la doctrine, que la femme conserve en ce cas sa nationalité. Le principe du code est que la nationalité est volontaire, par conséquent personnelle; l'exception portée par les articles 12 et 19 doit être strictement interprétée, et, ni leurs termes, ni l'esprit de ces articles ne permettent de les étendre à notre hypothèse (1).

Ce système a aussi été admis dans plusieurs lois. Il est regrettable que dans le projet de loi sur la nationalité déposé au Sénat, on ne trouve pas consacré le principe de l'unité de famille, qui avait été cependant adopté en première lecture, puis qui a été abandonné par la suite.

143. — Ces antinomies donnent lieu, en pratique, à de fréquents conflits. Si les époux appartiennent, par exemple, à une législation qui,

---

(1) V. en ce sens. Demolombe, I. n° 175. — Aubry et Rau. I. p. 273. — Laurent. Elém. de droit civil. I. n° 387. — Cass. 19 juillet 1875. J. D. I. P. 1876, p. 183. — Aix, 21 mars 1882. J. D. I. P. 1882, p. 541. — Cass., 6 mars 1877. S. 79, 1, 305, etc., etc...

Contra. Varambon. Rev. prat. VIII, p. 50, sqq. Pic. p. 204, etc., etc...

comme la nôtre, sanctionne le principe de la naturalisation individuelle, — et que le mari se fasse naturaliser dans un pays qui a adopté le principe d'unité de famille — quelle loi adopter en ce cas?

En règle, l'individu ne peut avoir qu'une seule nationalité, il ne peut avoir de lien de sujétion que vis-à-vis d'une seule souveraineté. Tant qu'il n'est pas délié du lien d'allégeance qui le rattache à sa patrie, le national ne peut en acquérir une autre. Sa capacité, de même que les conditions pour perdre sa nationalité, sont donc régies par la loi de sa patrie actuelle, de la nation dont il veut cesser de faire partie. En vain une loi nouvelle lui accorderait-elle la qualité de citoyen, la nationalité d'un Etat étranger, elle ne pourrait évidemment pas déclarer qu'il n'est plus membre du groupe social auquel il appartient d'origine — elle n'a point compétence pour le faire. Sans doute, les juges locaux, liés par le texte formel de cette loi, devraient décider qu'il en est ainsi sur leur territoire ; mais devant tous les autres tribunaux étrangers, et notamment devant ceux du pays d'origine du naturalisé, cette violation des principes internationaux sera repoussée et cette loi méconnue.

On devra donc décider, dans notre hypothèse, que la femme a conservé sa nationalité en vertude sa loi nationale, et n'a pas acquis la qualité decitoyen ne du pays où son mari s'est fait naturaliser (1).

144. — La question a été longuement discutée à

(1) Lyon, 19 mars 1875. J. D. I. P. 1876, p. 183. Cf. eod. p. 29.

propos d'une affaire célèbre dans les fastes judiciaires. Des jurisconsultes de talent, et même des cours d'appel, ont soutenu que dans des espèces semblables à la nôtre, refuser de reconnaître la validité d'une naturalisation accordée par des nations étrangères, c'était porter atteinte à leur indépendance, empiéter sur leurs attributions, et modifier un acte accompli dans l'exercice de leur souveraineté (1).

On oublie que la question est précisément de savoir si la souveraineté étrangère est bien restée dans les limites de son pouvoir. Contrôler n'est point empiéter ! Or précisément, en conférant la qualité de citoyen à un étranger, incapable de l'acquérir d'après sa loi nationale, c'est elle qui a empiété sur le domaine de cette loi nationale et qui a violé son indépendance.

Les conditions pour la naturalisation dans un pays sont, comme on l'a très justement fait remarquer, des offres faites aux étrangers. Pour remplir ces conditions et accepter ces offres, encore faut-il être capable de le faire, et cette capacité se règle d'après la loi nationale des parties au moment de l'acte. Appliquer la loi nouvelle du prétendu naturalisé pour le déclarer capable, c'est faire une véritable pétition de principe (2).

---

(1) De Holtzendorff. J. D. I. P. 1876, p. 5 sqq.
Charleroi. 3 janvier 1880. cod. 1880. p. 215.
Bluntschli. Rev. pratique. XLI, p. 305 à 344.
Cour de Venise. J. D. I. P. 1879, p. 299 et note.

(2) Cf. Laurent. V. nos 171 et 176 — Labbé. J. D. I. P. 1875, p. 409 – Paris, 17 juillet 1876, eod. p. 352 — Renault. J. D. I. P. 1880, p. 178 sqq — Lyon, 19 mars 1875. eod. 1876. p. 1883.

145. — Le conflit pourra être évité par une disposition analogue à celle de notre art. 17 3°, dans la loi nationale de la femme, qui permettra de décider que la femme qui aura suivi son mari à l'étranger a perdu sa qualité de citoyenne comme ayant abandonné son pays sans esprit de retour.

146. — Les changements de nationalité par suite d'annexions de territoires, se produisant dans le cours du mariage, soulèveront des difficultés du même genre dans le cas où la situation de la femme mariée ne rentre pas dans les conditions générales du changement forcé de nationalité insérées au traité d'annexion, et qu'il n'y est pas fait non plus mention du sort des épouses des annexés.

C'est notamment ce qui s'est produit à la suite des traités des 10 mai et 11 décembre 1871 entre la France et l'Allemagne. Le conflit est né de ce que l'une de ces nations a adopté le principe de la naturalisation individuelle, l'autre celui de l'unité de famille.

Nous appliquerons aux conflits qui résultent de ces divergences les mêmes principes et la même solution.

147. — Les individus *originaires* d'Alsace-Lorraine devaient, aux termes de ces traités, opter dans un délai déterminé. Art. 2 du traité de Francfort du 10 mai 1871 : « Les sujets français *originaires* des territoires cédés, *domiciliés* actuellement sur le territoire, qui entendront conserver la nationalité française jouiront, jusqu'au 1er octobre 1872 et moyennant une déclaration préalable faite à l'autorité compétente, de la faculté de

transporter leur domicile en France et de s'y fixer, sans que ce droit puisse être altéré par les lois sur le service militaire, auquel cas la qualité de citoyen français leur sera maintenue. »

Si l'on suppose qu'un individu marié, placé dans les conditions de l'art. 2 ci-dessus, ait omis d'opter dans les délais, il sera devenu allemand, mais quelle sera la nationalité de sa femme domiciliée avec lui, mais non originaire d'Alsace-Lorraine (1) ?

Pour acquérir la nationalité allemande, la femme devait d'abord perdre la nationalité française. Le seul fait de la naturalisation de son mari n'a pu produire, comme nous l'avons vu tout à l'heure, ni l'un ni l'autre effet. Aux regards de la loi française et des principes mêmes du droit international privé, la femme sera donc restée française (2).

148. — Il faudrait décider également, et par application des mêmes idées, que si le mari et la femme sont nés et domiciliés en Alsace-Lorraine, et que la femme ait omis d'opter alors que son mari avait accompli cette formalité dans les délais, que la femme est restée française.

---

(1) Nous laissons de côté la controverse soulevée par les Allemands, qui prétendent revendiquer, contre les termes du traité, comme sujets Allemands, les originaires *ou* domiciliés d'Alsace-Lorraine. Notre jurisprudence a depuis longtemps fait justice de cette interprétation... fantaisiste.

Cf. Cogordan. De la nationalité, p. 340 à 345, et p. 353.

(2) Cf. Paris. 4 février 1876, D. 76, II, 193. La solution que cet arrêt donne pour les mineurs est applicable, par identité de motifs, aux femmes mariées.

Ce n'est pas contradictoire avec la solution que nous venons de donner. La contre-partie de ce que nous avons admis, à savoir qu'on ne peut acquérir une nationalité sans avoir perdu sa nationalité d'origine, c'est qu'on ne peut perdre sa nationalité avant d'en avoir acquis une nouvelle. Or la loi qui détermine les conditions d'*acquisition* d'une nationalité quelconque, c'est la loi nationale de l'Etat dans lequel on veut entrer. A elle seule à décider qui elle veut accepter comme ses ressortissants, et sous quelles obligations. Dans notre espèce, la loi allemande décide que la femme n'a pas acquis la qualité de citoyenne allemande ; elle est donc restée francaise (1).

B

Quelles modifications apporte à la loi applicable aux relations matrimoniales le changement de nationalité des époux ou de l'un d'eux ?

149. — On peut se demander, lorsque les époux ou l'un d'eux se font naturaliser à l'étranger, si leur loi nationale primitive doit continuer à régir le mariage, ou si le changement de nationalité emportera un changement correspondant dans les dispositions qui déterminent leurs relations.

---

(1) En ce sens Trib. Constantine, 21 juin 1876, J. D. I. P. 1877, p. 426, mais ce jug. se décide pour des motifs que nous repoussons, il invoque l'art. 12 Code civil.. V. aussi la note qui accompagne ce jugement.

1° *Les époux acquièrent, en même temps, pendant le mariage, la même nationalité.*

150. — Nous pensons que, dans ce cas, l'union devra être soumise désormais, dans ses effets, à la nouvelle loi nationale des époux ; c'était déjà la solution que donnait Pothier, qui disait, à son époque, du domicile, ce que nous disons aujourd'hui de la nationalité :

« Si des conjoints qui, lorsqu'ils se sont mariés, « avaient leur domicile sous la coutume de Paris, « qui défend tous avantages entre conjoints, ont « depuis transféré leur domicile sous la coutume « de Noyon, qui permet les donations entre mari et « femme ; la donation, que l'un des deux conjoints « aura faite des biens de cette espéce à l'autre « conjoint, depuis leur translation de domicile à « Noyon sera valable.... il faut que cette trans- « mission de domicile soit sincère (1).

151. — De quoi s'agit-il, en effet, sinon de régler l'état des personnes et ses conséquences. Or l'état doit être soumis à la loi nationale de l'individu au moment de chacun de ces actes ; c'est-à-dire que changeant de nationalité, il change désormais de *status*. On peut rapprocher de l'hypothèse qui nous occupe, le cas où, sans qu'il y ait changement de nationalité, c'est le législateur propre des époux qui modifie les dispositions qu'il

(1) Pothier. Traité des donations entre mari et femme, chap. prélim., n° 19.

avait précédemment consacrées ; il ne fait pas de doute qu'en ce cas, les époux, même mariés avant ces modifications, ne dussent en être frappés comme les autres. « Les considérations politiques, « sociales ou religieuses qui ont motivé ce chan- « gement, conduiront presque toujours et néces- « sairement, à en faire l'application aux mariages « précédemment célébrés, parce que de telles « considérations s'imposent au législateur lui- « même » (1). C'est dire, en d'autres termes, que les règles relatives à l'état des personnes, étant inspirées par des motifs d'ordre public interne, doivent s'appliquer aux nationaux dès le jour où elles sont édictées.

152. — Les mêmes raisons d'ordre public s'appliquent également au cas de changement de nationalité des époux. Ils doivent, en se plaçant sous la sujétion d'une nouvelle loi nationale, se soumettre à toutes les règles qui s'imposent à leurs nouveaux concitoyens, surtout à celles qui concernent l'état et la capacité, et qui sont tirées du principe d'*ordre public national*. Disons plus, il est loisible à toute personne de chercher la loi qui répond le mieux à ses aspirations ; et, quand elle a trouvé dans une nation le milieu social le plus conforme à son genre de vie, au but qu'elle s'est proposé, elle a le droit de s'y faire agréger sans qu'on puisse lui imputer à faute, ou considérer comme une

---

(1) Brocher, p. 128. Cf. Merlin. Q. de Droit, V° Divorce, § 12.

Trib. de la Seine, 31 janvier 1877. Le Droit, 1er février 1877.

fraude envers son ancienne patrie, le fait de la répudier pour en repousser les charges. Si une disposition de loi fait obstacle à la conduite morale qu'a voulu suivre un individu, c'est une faculté pour lui de s'y soustraire en se faisant adjoindre à un corps social où les lois seront plus favorables à ses fins. Mais il faudra, bien entendu, que la naturalisation soit sérieuse, faite avec la ferme volonté d'accomplir les charges de la nouvelle nationalité.

On pourrait être tenté de nous objecter que les époux pourront se jouer librement des dispositions d'ordre public, par un simple changement de patrie. Il est facile de répondre. Nous avons reconnu aux règles concernant le mariage le caractère de lois *d'ordre public national*, elles ne sont pas atteintes par le changement de nationalité, l'*ordre public interne* est désormais désintéressé de l'organisation d'une famille devenue étrangère.

153. — Le maintien de la loi primitive ne se conçoit, après la naturalisation des époux, que dans l'opinion de ceux qui considèrent que les effets du mariage sont la conséquence d'un accord de volontés entre les époux (1). Nous avons déjà repoussé cette manière de voir et nous ne voulons pas y revenir. Il est bien certain que les époux ne pourraient même pas réserver, par une convention intervenue entre eux au moment de

---

(1) Cf. Rocco. Dell' uso e autorita....etc. III. partie, Ch. XX.

leur naturalisation, qu'ils continueront à voir régir leurs relations d'après les règles de leur ancienne loi nationale. Il y a là une matière absolument soustraite à leur disposition. En prenant rang parmi les membres de l'Etat, ils doivent s'assimiler au milieu dans lequel ils sont destinés à vivre, prendre les idées, les habitudes, respecter les préjugés de leurs concitoyens. L'ordre public exige l'uniformité d'organisation pour toutes les familles nationales, ils ne doivent pas y déroger.

154. — Quant aux actes passés antérieurement à la naturalisation et constituant des droits acquis, c'est-à-dire nés et actuels, ils continueront à être régis par la même loi qu'au moment de leur formation. Si, par exemple, deux époux appartenant à une législation qui autorise les donations irrévocables entre mari et femme, se sont fait une donation de ce genre, puis se font naturaliser dans un pays où de pareils actes sont prohibés entre époux, la donation n'en sera pas moins valable.

155. — Il en sera de même des *faits qui par eux seuls produisent des conséquences juridiques* entre les époux. Ils sont toujours régis par la loi nationale des conjoints au moment où ils se sont produits. Par exemple, deux époux appartenant à une législation, d'après laquelle la femme a un mandat tacite pour obliger le mari dans la limite des besoins du ménage, se font naturaliser dans un pays où on ne reconnaît pas comme valables de semblables obligations. Les dettes de ce genre contractées par la femme, avant la naturalisation, pourront être poursuivies néanmoins contre le

mari, après son changement de nationalité, en vertu de la loi d'origine des époux.

156. — Nous adopterons au contraire une solution différente, au cas où la loi attribuant effet juridique à certains faits, ne considère cependant pas ces faits comme la véritable *cause* de ses dispositions. — Par exemple, au cas de séparation de corps pour cause d'adultère. Ce n'est pas l'adultère qui est la cause directe, juridique de la séparation de corps. Ce que le législateur a eu en vue, c'est de ne pas prolonger une vie commune devenue intolérable. En résumé, il s'agit de remédier à une *situation*, situation durable même après la séparation de corps, c'est la *situation* qui est la *cause* de la disposition légale; le fait matériel n'est que le *signe extérieur* que cette situation existe. C'est au législateur national à disposer sur cette situation, à apprécier les faits qui peuvent la faire naître et sa gravité. Lors donc qu'une question de ce genre se posera, elle devra être tranchée d'après la loi nouvelle des époux. On ne peut pas dire ici, comme tout à l'heure, qu'il y ait droit acquis, né et actuel, pour les époux, à faire réglementer leur situation d'après la loi originaire de leur mariage.

157. — Cette opinion nous donnera la solution d'une question qui a occupé quelques jurisconsultes. On s'est posé la question de savoir si un divorce pourrait être prononcé, après un changement de nationalité des époux, pour des faits antérieurs à leur naturalisation, dans l'hypothèse où la loi ancienne n'accordait pas le divorce, au

moins pour ces motifs, et où la loi nouvelle l'admet. D'après ce que nous venons de dire, l'affirmative s'impose. Le divorce a pour but de remédier à la situation faite aux époux par des faits déterminés, peu importe l'époque à laquelle ils se seront passés. C'est au moment où le divorce est demandé qu'il faut se placer pour savoir quel est le remède à y apporter. C'est la loi personnelle des époux à ce moment qui a compétence pour le déterminer (1).

La question se pose aussi lorsqu'une loi nouvelle introduit le divorce dans un pays où il n'existait pas. Les mêmes motifs doivent faire admettre l'application de cette loi à une situation créée avant sa promulgation, mais qui s'est prolongée postérieurement. On pourrait, par exemple, demander le divorce en France, pour un adultère commis avant 1884, s'il n'y a pas eu réconciliation entre les époux.

158. — On a objecté que « la nécessité de con-« server la morale de la famille, d'empêcher le « scandale et le mauvais exemple étant la raison « par laquelle le divorce se justifie, celle-ci ne « peut plus valoir lorsque le fait s'est produit à « une époque antérieure à la naturalisation et « dans un territoire différent » (2).

Nous avons déjà répondu à l'objection en constatant que le divorce est, par son essence, plutôt

---

(1) Cf. Merlin, Q. de droit. Divorce, § 12.

(2) Fiore. I. VIII, p. 229.

une mesure de protection envers l'époux lésé, qu'une satisfaction donnée à la morale outragée ou à l'opinion publique.

159. — Il peut se faire que des époux, valablement mariés dans leur pays d'origine, acquièrent la nationalité d'un pays dont la loi n'admet pas la validité d'un pareil mariage pour défaut d'âge, parenté trop rapprochée, polygamie (1) ou bien parce que l'époux est un prêtre qui a renoncé à la vie religieuse. On peut se demander, en pareil cas, quel va être le sort du lien conjugal après la naturalisation, s'il subsistera, et quels seront ses effets.

Dans l'opinion qui assimile les effets du mariage à ceux d'un contrat, il n'y a pas de doute. C'est la loi qui régissait l'accord des parties au moment de sa célébration qui continue à régler ses effets, et qui détermine, une fois pour toutes, sa validité. Il y a un véritable droit acquis pour les parties (2).

160. — Tout en repoussant les motifs déterminants de cette opinion, nous pensons néanmoins que cette solution est vraie en ce que c'est au jour de la célébration du mariage qu'il faut se reporter pour en apprécier la validité. L'état d'époux, une

---

(1) Il faut bien se garder de confondre cette hypothèse avec celle que nous avons déjà examinée de savoir quels sont, à l'étranger, les effets d'un mariage polygame de musulmans qui ont conservé leur nationalité et n'ont qu'un domicile, ou même une simple résidence en pays chrétien. (Cf. nos 15 — 161, 162.)

(2) Rocco. Dell' uso e autorita delle leggi del regno delle due Sicilie, p. 463, sqq.

fois créé chez les conjoints, ne peut plus être atteint dans son existence par une loi nouvelle, aussi bien dans l'*ordre d'espace* que dans l'*ordre du temps*. Ce n'est pas qu'on puisse dire, à proprement parler, qu'il y ait *droit acquis*, mais il y a une parenté conjugale (1) existante, un fait contre lequel la loi est impuissante, qu'elle ne peut pas plus détruire que la parenté naturelle.

161. — M. Laurent a cru devoir faire une distinction, et applique à la validité du mariage la loi nouvelle des époux, dans le cas où leur loi primitive violerait la morale ou les intérêts de l'existence et de la conservation de leur nouvelle patrie (2) (*mariage polygame*).

Cette opinion a le grave inconvénient de créer une sorte de nullité du mariage *ex nunc*, sans effet rétroactif, et, dans certains cas, d'aggraver le mal plutôt que de l'atténuer. Si, en effet, on refuse de reconnaître la validité du mariage poly-

---

(1) Qu'on nous permette de forger le mot, puisqu'il n'existe pas de terme, dans le langage juridique, pour traduire exactement notre pensée. L'expression « *lien conjugal* » n'indique pas assez, selon nous, la différence qui sépare le lien créé entre les parties par le contrat, du lien à la fois naturel et civil, plus naturel que civil même, que fait naître le mariage entre les époux.

(2) Tome III, n° 290. Cf. Jurisp. anglaise. Westlake. J. D. I. P., p. 312. — « Un mariage célébré sous une législation permettant la polygamie diffère foncièrement « d'un mariage monogame, même à l'égard de la femme « épousée la première; la justice anglaise ne contraint « pas les époux à l'accomplissement des devoirs qui découlent du mariage, et ne leur accorde pas non plus le « divorce. »

game, on devra permettre au musulman naturalisé et désormais délié des engagements matrimoniaux contractés dans son ancienne patrie, de se marier à nouveau ! Si paradoxal que puisse paraître ce résultat, il est la conséquence forcée du système que nous combattons.

162. — Tout en reconnaissant la validité du mariage, dans ces hypothèses, nous admettons qu'il ne produira, dans la nouvelle patrie des époux, que les effets qui ne seront pas contraires à la moralité publique et à l'ordre public national de cet Etat.

En pratique, notre système se rapprochera beaucoup de celui de M. Laurent.

C'est ainsi qu'au cas de mariage polygame le musulman naturalisé ne pourra, dans sa nouvelle patrie, forcer ses concubines à réintégrer le domicile conjugal, *manu militari*; l'autorité locale lui refuserait certainement de prêter la main à sa cohabitation avec plusieurs femmes, qui constituerait un scandale pour les nationaux !

Les effets du mariage qui ne seront pas contraires à l'*ordre public* de leur nouveau pays, seront régis par la nouvelle loi des époux. Ainsi, les femmes de l'ancien musulman pourront l'actionner en justice pour réclamer de lui des aliments, etc.

2° Un seul des époux change de nationalité.

163. — D'après les principes que nous avons déjà étudiés (n° 34), c'est la loi nationale la moins rigoureuse pour l'obligé qui devra être appliquée.

Or il s'agit de régler une question d'état, ce sera donc la loi nationale nouvelle du naturalisé et non l'ancienne qu'il faudra considérer et mettre en regard avec celle de son conjoint.

Mais, répond-on, « la naturalisation d'un des époux a beau être légale et régulière, le mariage reste régi par la loi sous l'empire de laquelle il a été formé. Il ne peut, après sa conclusion, au gré de l'un des conjoints, être placé sous l'empire de telle loi étrangère. Un contrat, soit d'intérêt pécuniaire, soit d'ordre moral, est nécessairement soumis à une loi unique, quant à son existence, sa validité et ses effets, et ce n'est pas un déplacement de domicile, ni même de nationalité de la part de l'un des contractants, qui peut modifier, au gré de l'une des parties, les engagements pris et la loi qui a été acceptée par elles pour règle de leurs droits et de leurs devoirs (1). » C'est ce que disait déjà Bouhier, parlant de l'influence du changement de domicile du mari sur la capacité de la femme : « ce serait heurter de front la règle qui ne permet pas qu'on nous enlève, sans notre fait, un droit qui nous appartient... On ne peut pas dire que la femme se soumette, même tacitement aux lois du nouveau domicile, elle ne fait qu'obéir (à son mari en changeant de domicile avec lui) (2) ».

---

(1) Féraud-Giraud. J. D. I. P. 1885, p. 234.

(2) Cf. Merlin. Rép. V° autorisation maritale. Sect. X, § IV.

164. — Nous avons tenu à citer ces deux auteurs, parce qu'ils indiquent bien nettement que la base du système que nous combattons est l'idée qu'ils se font que le mariage est un contrat, dont les effets sont le résultat de la libre convention des parties ! Nous n'avons plus à revenir sur une idée que nous avons déjà réfutée et dont nous n'admettons pas les conséquences, ayant repoussé le principe.

165. — On a voulu cependant trouver une autre raison pour repousser l'application de la loi nouvelle du naturalisé, et l'on a dit : les époux, il est vrai, n'ont pas déterminé eux-mêmes la loi qui régit le mariage, mais ils ont compté sur cette loi, et, notamment en ce qui concerne la dissolubilité ou l'indissolubilité du mariage, s'ils se sont mariés sous une loi qui n'admet pas le divorce, vainement l'un d'eux se ferait-il naturaliser à l'étranger, le mariage demeurera indissoluble (1).

Pour être plus spécieuse, cette objection n'est pas plus convaincante que la précédente. Au fond, c'est le même raisonnement, et elle revient à dire qu'il y a *droit acquis* pour les époux, à ne pas voir modifier leurs rapports par le changement de nationalité. Une pareille conception des effets du mariage en méconnaît absolument le caractère. Le mariage est un *état*, avons-nous dit, dont les conséquences sont déterminées par la loi natio-

(1) Labbé. De la naturalisation et du divorce au point de vue des rapports internationaux. J. D. I. P. 1877, p. 5 sqq, notamment p. 22 sqq.

nale de l'individu; cette loi venant à changer, les conséquences changent aussi. On ne peut parler de droits acquis en matière d'état sans faire intervenir l'idée d'une convention, d'un abandon de droits. Y a-t-il quelque chose de pareil dans le mariage ? Evidemment non ! Si une loi nouvelle dans la patrie des époux vient modifier les effets du mariage, ils sont bien obligés de la subir; il n'y a pas plus de raison pour écarter une loi nouvelle par suite du changement de nationalité, rien dans les législations actuelles sur le mariage n'indiquant qu'il doive être régi par une loi unique si les époux ont deux nationalités différentes. Nous ne voyons donc pas de motif de déroger ici aux principes généraux que nous avons appliqués, dans ce cas, aux rapports des conjoints ; et nous ne pouvons que renvoyer ici à ce que nous avons déjà admis dans les chapitres précédents.

166. — Il est bien évident que si la naturalisation d'un époux a un caractère frauduleux, l'autre conjoint pourra faire écarter l'application de la nouvelle loi nationale. Quant aux caractères de la fraude, ils seront soumis à l'appréciation des juges du fait, qui devront user en cette matière d'une grande réserve.

CHAPITRE IX

DE LA JURIDICTION COMPÉTENTE POUR STATUER SUR LES CAUSES MATRIMONIALES

167. — Nous n'aurons que peu de choses à dire sur cette matière ; fidèle au plan que nous nous sommes tracé, nous ne voulons pas nous placer sur le terrain de la législation française (1) ; et nous nous contenterons d'indiquer brièvement quelle doit être, en pure théorie, la juridiction compétente, quel est ensuite le principe de solution au cas où des conflits de lois s'élèveraient sur ce point.

168. — De quelque nature que soient les débats judiciaires qui peuvent s'élever entre les époux ; qu'ils aient trait à l'existence même du mariage (action en nullité — demande de divorce), à sa modification (demande de séparation de corps), ou à ses effets (demande d'aliments, de réintégrer le domicile conjugal, etc., etc.), nous posons en principe qu'il ne doit y avoir qu'un seul tribunal

(1) Cf. à cet égard, Gerbaut. De la compétence des tribunaux français à l'égard des étrangers, Nancy 1882.
Glasson. J. D. I. P. 1882, p. 105 et en note une bibliographie complète de la matière.
Féraud-Giraud. J. D. I. P. 1885, 225 et 375.

qui ait compétence pour les trancher. Sinon, on aboutirait à la confusion, à la contradiction entre les diverses juridictions, à l'anarchie la plus complète ; l'une des parties pouvant, après avoir perdu devant un tribunal, reporter l'instance devant un autre. Il ne faut pas qu'on puisse ainsi remettre indéfiniment en question les points litigieux, et éterniser les débats.

169. — La juridiction qui est la plus à même de trancher de pareilles contestations semble, en pure raison, être celle du domicile des deux époux. C'est à la fois la plus commode à consulter pour les parties, et la mieux renseignée sur les questions de fait qui peuvent les diviser.

On a fait certaines objections à cette opinion. On a voulu faire une distinction, et enlever au tribunal du domicile de l'époux défendeur la connaissance des questions d'état, lorsque les époux étaient étrangers.

170. — On prétend que les tribunaux d'un pays ne sont pas institués pour rendre la justice aux étrangers ; qu'en matière de question d'état, il serait dangereux de leur faire appliquer une loi qu'ils ignorent ou ne connaissent qu'imparfaitement; enfin, lorsqu'il s'agit d'une demande de divorce ou de séparation de corps, ou d'une autorisation judiciaire, à défaut de l'autorisation maritale, il n'est plus question de discerner une question de droit, un état préexistant (*dicere legem*) mais d'accorder un droit, de créer un état nouveau, en vertu d'une sorte de délégation du pouvoir législatif que seuls peuvent posséder les

tribunaux de la nation dont l'individu est le citoyen (1).

Nous ne voulons pas nous arrêter à la discussion générale sur le devoir des tribunaux de rendre la justice aux étrangers. Leur loi ne saurait les en dispenser sans violer le droit naturel. Quant au dernier argument qu'on fait valoir, il provient d'une confusion. En réalité, en matière de divorce, les tribunaux ne créent pas un état nouveau chez les parties, c'est la loi elle-même de ces parties qui décide que dans certaines hypothèses déterminées, le divorce devra être prononcé. Le rôle du juge, en pareil cas, n'est que de constater si on se trouve dans les circonstances de fait prévues par la loi. Ce n'est pas, on le voit, une délégation de la puissance législative, et il n'y a rien là qu'un tribunal étranger ne puisse faire (2).

---

(1) Trib. d'Alexandrie. J. D. I. P. 1876, p. 406. Cf. art. 4, C. civil Egyptien: « Les questions relatives à l'état et à la capacité des personnes et au *statut matrimonial*, aux droits de succession naturelle et testamentaire, aux tutelles et curatelles, restent de la compétence des juges personnels ».

(2) Cf. art. 52, L. 25 mars 1876 (Tit. I. liv. prélim. C. pr. civ. belge): « Les étrangers pourront être assignés devant les tribunaux du royaume, soit par un Belge, *soit par un étranger*, dans les cas suivants... 2° s'ils ont en Belgique un domicile, ou une résidence, ou s'ils ont fait élection de domicile. »

Cf. Liège. 19 juin 1879. J. D. I. P. 1881, p. 76. — Laurent. T. IV, n° 46. — Dicey loc. cit. n° 128.: « La compétence en matière de divorce appartient aux tribunaux du pays où les époux sont domiciliés ». — C'est une application de la règle que la loi du domicile règle l'état des

171. — Quelle est, en droit positif, la loi qui peut attribuer compétence, *ratione personæ*, en matière de causes matrimoniales? — Telle est la question qui se pose en face des divergences des législations à cet égard.

Les deux époux ont la même nationalité. — Leur loi nationale, ayant pouvoir sur leurs personnes, réglant leur état et ses conséquences, doit avoir qualité pour déterminer quel est le tribunal compétent pour trancher les difficultés qui s'élèvent à leur égard.

Les deux époux ont une nationalité distincte. — Il faudra se reporter à la loi nationale du défendeur; sinon, on lui imposerait une règle qui ne peut le toucher, une loi qui ne s'applique pas à sa personne, et le jugement, émané d'une juridiction incompétente d'après sa loi nationale, ne serait pas reconnu dans sa patrie.

L'autorisation judiciaire peut suppléer, dans certains cas, l'autorisation maritale. C'est la loi qui régit la capacité de la femme (nos 85, sqq.) qui détermine également, avec les conditions dans

---

personnes et l'admissibilité du divorce. Cf. Bar, op. cit. § 92 et note 1. — Glasson, loc. cit, p. 120 à 122. — Art. 56. L. féd. suisse, 24 Décembre 1874, Ann. lég. ét. 1876, p. 717. « Quant aux mariages entre étrangers, aucune action en divorce ou en nullité ne peut être admise par les tribunaux, s'il n'est pas établi que l'Etat dont les époux sont ressortissants, reconnaîtra le jugement qui sera prononcé. » Sur le sens de cette restriction, consulter Barilliet. J. D. I. P. 1880, p. 347, — Lehr. eod. p. 464, — Alfred Martin. R. D. I. 1881, p. 604.

lesquelles elle peut intervenir, quelle est la juridiction compétente pour l'accorder.

172. — Quant à la compétence *ratione materiæ*, elle est réglée par la loi du *for*, c'est-à-dire par la loi du lieu où siége la juridiction compétente *ratione personæ*.

173. — Avant tout, le juge saisi d'une cause matrimoniale devra consulter la *lex fori* pour se déclarer ou non compétent. Il pourra ainsi se produire, par suite de l'application des diverses règles que nous venons de rappeler, des conflits insolubles.

C'est ainsi, par exemple, que les tribunaux hollandais, d'après leur loi nationale, sont incompétents pour prononcer le divorce des hollandais domiciliés à l'étranger ; si ceux-ci sont domiciliés en en France, les tribunaux français, d'après la jurisprudence actuelle, peuvent se déclarer incompétents, et, en fait, le font généralement quand il s'agit de question d'état (1). On aboutit ainsi à un conflit négatif. On pourrait trouver d'autres hypothèses aussi embarrassantes. Il serait donc désirable en pareil cas, que l'on adoptât, dans les divers pays, des règles concordantes. « La compé-
« tence ne doit pas dépendre de théories arbitrai-
« res, mais de la nature même des procès et des
« circonstances locales concernant les parties liti-
« gantes et les choses qui font l'objet de la con-
« testation. Il ne serait pas difficile, croyons-nous,

(1) Cf. Seine 22 mars 1881, J. D. I. P. 1882, p. 64, Pic. p. 253.

« de déterminer pour chaque procès, quel est le « juge naturel, et d'arriver sur ce point à un « accord international (1) ».

174. — Pour répondre à cette idée, on serait peut-être tenté de reproduire dans notre matière, le projet préconisé par un officier de l'état civil suisse : M. Garnier (2), et par M. Lehr (3), de créer un tribunal international permanent, chargé spécialement de trancher les causes matrimoniales soulevant des conflits de lois. On fait valoir l'avantage d'une jurisprudence uniforme, établie sur des principes sûrs, par des magistrats spécialistes, et la diminution des décisions contradictoires si fréquentes en une matière qui touche aux intérêts privés les plus considérables (4).

Nous craignons bien que ce ne soit là une utopie irréalisable. Il est à prévoir, comme le faisait remarquer M. Asser au sujet d'une proposition analogue (5), que les Etats refuseront de conclure une convention qui dépouillerait leurs tribunaux d'une compétence d'autant plus naturelle qu'elle

---

(1) Asser et Rivier, loc. cit. § 69.

(2) Aufzeichnungen betreffend die Eheschliessung von Auslændern in der Schweitz.

(3) J. D. I. P. 1884, p. 49, sqq.

(4) Cf. l'affaire de Bauffremont. — Le projet de MM. Garnier et Lehr ne va pas aussi loin, hâtons-nous de le dire, il vise surtont les difficultés relatives à la formation du mariage.

(5) Session de l'Institut de droit international, Bruxelles 1879. Annuaire de l'Institut 1880, tome I, page 174, sqq, rapport sur la proposition Moynier..

est relative aux actions qui concernent l'organisation de la famille ! Comment supposer qu'un législateur abandonnera à un tribunal, composé en majorité de juges étrangers, les décisions relatives à l'état de ses nationaux ! Observons, en passant, que parmi les conflits qui s'élèvent en notre matière, il y en a plusieurs qui touchent aux questions de nationalité. (Conflits entre législations qui admettent ou n'admettent pas le principe de l'unité de famille). Ce seront là les dernières concessions qu'un gouvernement pourra faire au principe de l'arbitrage international et, de longtemps, les mœurs, les préjugés et l'amour-propre national seront un obstacle infranchissable à l'accomplissement de pareils projets.

APPENDICE

UNIONS IMPARFAITES — FIANÇAILLES — MARIAGE MORGANATIQUE

175. — Quelques législations permettent les promesses de mariage et accordent certains effets du mariage aux fiançailles. D'autres les prohibent absolument, en tant que conventions produisant des obligations, et les considèrent comme contraires à la liberté absolue qui doit présider à la formation des mariages.

Il arrive même parfois que les fiançailles sont considérées comme un mariage, imparfait il est vrai, établissant entre les fiancés des rapports analogues à ceux de mari et femme (le *Verlobniss* allemand), mais dont les effets seront moins complets que ceux d'un véritable mariage (1).

(1) Le Code Suédois de 1734, sect. du mar., chap. IX, § 1 et X § 1, « reconnaît l'existence du mariage légal dans le cas où, la fiancée étant en état de grossesse, le fiancé se soustrait à la cérémonie, persiste dans son refus, et que le tribunal du ressort de la fiancée l'a déclarée son épouse légitime. » D'Olivecrona, J. D. I. P. 1883, p. 343.

Le *Verlobniss*, dérivé de la *desponsatio* germanique,

176. — Si on considère les fiançailles comme un mariage, il faut décider qu'elles peuvent être contractées d'après la règle « *locus regit actum* » (1). Mais tel n'est pas, à notre avis, la solution à adopter. Il s'agit d'un mariage, il est vrai, mais mariage *sui generis*, imparfait, ayant le caractère d'une union spéciale répondant aux instincts et aux mœurs des nationaux d'un pays. Il ressort donc de la compétence de la loi nationale des parties ; et nous y voyons une de ces règles, de ces institutions d'*ordre public national* qui suivent les citoyens à l'étranger. Le droit de contracter une pareille union dépend de la loi qui régit la capacité des individus, et non de celle qui détermine les formalités des actes.

---

consacré par le droit canon, est, dit le Code prussien (Landrecht), « un contrat par lequel deux personnes de sexe différent se promettent réciproquement mariage. »

En Saxe, le *Verlobniss* vaut par le simple échange des consentements en présence des deux familles, c'est la desponsatio..... Ce contrat est susceptible de produire, en certaines circonstances, presque tous les effets d'un mariage régulier. L'enfant né de la fiancée est légitime. Mais ce lien peut être rompu, comme jadis le mariage germanique, par le consentement mutuel, et même, d'après le Code Saxon, par la volonté d'un seul, sous peine de dommages intérêts, si la rupture n'est pas justifiée. E. Stocquart. *Le mariage en droit international,* R. D. I. 1887, p. 592. Cf. Pic., p. 35 sq.

(1) Pic., p. 71. — On discute le point de savoir si la loi nationale des parties considérant les fiançailles comme un empêchement au mariage ne doit pas être repoussée dans un pays qui, comme la France, les considère comme une atteinte à la liberté du consentement. Nous n'avons pas à examiner cette question, qui se rattache mieux à l'étude de la formation du mariage.

177. — *Mariages morganatiques.* — En général, la femme suit la condition de son mari ; elle acquiert sa nationalité, son domicile, et, dans les pays où il existe encore des distinctions sociales, les mêmes honneurs et le même rang. — Des raisons politiques peuvent, dans certains cas particuliers, faire déroger à la règle naturelle de l'égalité entre époux.

Dans les statuts et coutumes qui régissent la haute noblesse prussienne, les princes, en contractant mariage avec des roturières, contractent bien un mariage valable, mais dont les effets sont restreints. Ainsi la femme conserve son ancienne condition, elle ne partage pas celle de son mari, non plus que ses privilèges, elle n'acquiert même sur ses biens, après sa mort, qu'un droit restreint à une pension alimentaire (1).

178. — La question se pose de savoir par quelle loi sont déterminés les effets des mariages imparfaits.

Toutes les solutions que nous avons admises en parlant du mariage parfait sont ici applicables ; on appliquera donc la loi nationale des époux s'ils ont même nationalité (2) ; la loi la moins onéreuse au débiteur s'ils ont une nationalité différente. Il est bon d'observer, toutefois, que l'*ordre public international* pourra s'opposer à une distinction entre le mari et la femme dans les pays où le ma-

---

(1) J. D. I. P. 1883, p. 312.

(2) Trib. de l'Empire d'Allemagne, 7 mai 1880, eod. loc. Cf. Pic, p. 35.

riage morganatique est repoussé ; et, mettant à part les questions de rang social, dans les pays où règne l'égalité absolue des citoyens, on n'admettra que difficilement les déchéances des enfants nés de mariages morganatiques. — Le juge territorial aura, en pareil cas, pleine liberté d'appréciation pour restreindre l'application de la loi étrangère dans les limites imposées par le principe d'*ordre public externe*.

POSITIONS

DROIT CIVIL

I. — Le conjoint qui exerce des reprises par prélèvement, conformément aux articles 1470 et 1471, du code civil, agit en qualité de créancier.

II. — La responsabilité édictée par l'article 1385 du code civil à raison du dommage causé par un animal n'est pas encourue par le propriétaire auquel aucune faute n'est imputable.

III. — Le bailleur d'un immeuble est responsable de la diminution de jouissance subie par le preneur et occasionnée par le fait de tiers agissant dans la limite de leurs droits.

IV. — L'acceptation du remploi, faite par la femme, rétroagit au jour de l'acquisition.

DROIT ROMAIN

I. — Le titre putatif est suffisant pour mener à l'usucapion quand l'erreur qui fait croire à son existence est le résultat de circonstances de fait qui la rendent excusable.

II. — Le possesseur de bonne foi n'est tenu de restituer sur l'action en revendication du véri-

table propriétaire que les fruits non consommés, sans distinction entre les fruits naturels et les fruits industriels.

III. — Le contrat *litteris* ne constitue pas une forme de novation, *stricto sensu*.

IV. — Jusqu'à Auguste, le concubinat n'est qu'un simple fait, sans organisation légale.

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

I. — En cas de conflit entre les lois nationales de deux personnes, en matière d'obligation légale résultant de l'état de relation (*status*) de ces personnes, on doit appliquer la loi la moins onéreuse pour l'obligé.

II. — La relation entre deux conjoints est un *status* ; ce n'est point un rapport de droit identique à ceux qui dérivent d'un contrat.

III. — La reconnaissance de la validité d'un mariage polygame, dans un État chrétien, n'est point contraire à l'ordre public international de cet État.

IV. — Un tribunal est compétent pour prononcer le divorce entre deux époux étrangers.

DROIT COMMERCIAL

L'inexécution d'un jugement qui a condamné un commerçant au paiement d'une certaine somme ne peut servir de base à une déclaration de faillite lorsqu'il est frappé d'appel, alors même que caution est offerte pour l'exécution provisoire.

PROCÉDURE CIVILE

La règle que « *nul en France ne plaide par procureur* » n'est plus en vigueur aujourd'hui.

DROIT CRIMINEL

Dans le concours de la récidive et des circonstances atténuantes, il faut d'abord tenir compte de l'aggravation résultant de la récidive et appliquer ensuite à la peine ainsi déterminée la réduction d'un ou deux degrés qu'appellent les circonstances atténuantes.

DROIT FISCAL

Lorsqu'une convention annulable, nulle ou inexistante, annulée par une décision judiciaire, est présentée à l'enregistrement, l'Administration n'a pas le droit de percevoir le droit proportionnel.

Vu par le doyen,
Nancy, 19 avril 1888.
E. LEDERLIN.

Vu par le président de la thèse,
Nancy, 19 avril 1888.
P. LOMBARD.

Vu et permis d'imprimer :
Nancy, 19 avril 1888.
Le recteur,
E. MOURIN.

ERRATA

P. 36, 2e alin., ligne 10 : *sa prope loi*, lisez, *sa propre loi.*
P. 40, nº 36, ligne 3 : *devrait*, lisez, *devraient.*
P. 70, note 2 : S. 46, 2, 194, lisez, S. 46, 2, 394.
P. 71, nº 68, ligne 8 : *et elle*, lisez, *et il.*
P. 82 et 83 : Intervertir ainsi les notes nº 2 : *p. 82, note 2:* M. Bard, op. cit., p. 228 et *page 83, note 2:* Laurent V. § 69. Cf. Pic., loc. cit., p. 201.
P. 89, nº 88, av. dern. ligne : *au nº 3*, lisez, *au nº 31.*
P. 89, note 1 : p. 203, lisez, p. 206.
P. 96 : Ajouter cette note au nº 97 : Cf. Glasson : Des abus qui résultent du conflit des lois relatives au mariage. *Annales de l'Ecole libre des Sciences politiques*, 1886, p. 38, sqq.
P. 102, note 2 : *Demolonbe*, lisez, *Demolombe.*
P. 124, note 1, dern. alin. : *Haudbuch*, lisez, *Handbuch.*
P. 127, note 2, dern. ligne : p. 1883, lisez, p. 183.
P. 132, note 1 : Brocher, 128, lisez, 125.
P. 138, note 2 : J. D. I. P., ajoutez, 1881.
P. 143, note 1 : Glasson, J. D. I. P. 1882, lisez, 1881.

TABLE DES MATIÈRES

	Nos	Pages
Introduction. — Principe d'application de la loi étrangère	1	5
Notion de l'ordre public interne et externe	5	7
Application à la matière du mariage	8	9
Division et plan	10	11
Chapitre I. — *Dans quels cas s'élèvent des conflits de lois dans notre matière.*		
Cas de conflits	12	13
Loi qui régit les effets des mariages putatifs	14	15
Mariages valables ne produisant pas tous leurs effets à l'étranger	15	17
Chapitre II. — *Détermination générale de la loi qui doit régir les effets du mariage.*		
Méthode à suivre	17	21
Les époux ont *même nationalité.*		
Systèmes proposés, Discussion	20	23
Système de la loi nationale des époux	25	29
Les époux ont une *nationalité distincte.*		
Discussion des systèmes	29	33
Principe général	34	37
Chapitre III. — *Effet du mariage sur la nationalité des époux.*		
Principes généralement suivis en législation	36	40
Conflits et principes de solution	40	44

	Nos	Pages
CHAPITRE IV. — *Obligations imposées à chacun des époux.*		
Nature de ces obligations — Conflits de lois	46	51
Section 1°. Devoir de fidélité	48	52
Section 2°. — Obligation alimentaire	57	62
Section 3°. — Devoir de cohabitation, unité de domicile	63	66
Section 4°. — Devoir d'assistance	68	71
CHAPITRE. V. — *Subordination de la femme au mari.*		
Nature de cette subordination	69	73
Puissance maritale sur la personne même de la femme	72	75
Puissance maritale sur sa capacité	77	79
Conflits de lois — Les époux ont même nationalité	79	80
Ils ont une nationalité distincte	85	85
Actes entre époux — Renvoi	94	91
CHAPITRE VI. — *Nature et permanence du lien conjugal — Altérations qu'il peut subir: Divorce — Séparation de corps — Mort civile — Absence.*		
Détermination du caractère du mariage en droit international	95	93
Admissibilité du divorce — Les époux ont même nationalité	100	97
Les époux ont une nationalité distincte	108	105
Admissibilité ~~de la~~ séparation de corps	118	111
Dissolution par la mort civile	119	112
Dissolution par l'absence	126	115
CHAPITRE VII. — *Modifications provenant de la séparation de corps et de l'absence.*		
Nature. — Causes d'admissibilité	127	116
Les époux ont même nationalité	129	117
Ils ont une nationalité différente	131	118
Effets de l'absence	132	118

	Nos	Pages
Chapitre VIII. — *Influence du changement de nationalité accompli pendant le mariage.*		
Dans quelles conditions se produit le changement de nationalité des époux ou de l'un d'eux	141	123
Influence du changement de nationalité des deux époux sur le caractère du mariage	149	130
Sur l'admissibilité du divorce	157	135
Sur la validité du mariage	159	137
Influence du changement de nationalité d'un seul des époux sur la loi organique du mariage	163	139
Chapitre IX. — *De la juridiction compétente pour statuer sur les causes matrimoniales.*		
Principe de compétence	167	143
Conflits de lois	171	146
Projet d'un tribunal international	174	148
Appendice. — *Unions imparfaites.*		
Fiançailles	175	151
Mariages morganatiques	177	153
Loi applicable en cas de conflit	178	153